

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA DE DERECHO



**Informes de expedientes judiciales sobre “Tercería de propiedad”
e “Indemnización por despido arbitrario”**

**Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título
profesional de Abogado**

Autor:
Abel Ánderson Santos Liñán

Asesor:
Mg. Patricia Bejarano Luján

Chimbote – Perú

2018

A Jehová, Dios todopoderoso, justo y misericordioso,
por darme la vida, la salud y la sabiduría para lograr
mis objetivos, como este trabajo, por ejemplo.

A Jesucristo, Señor y Salvador nuestro, quien con su
muerte en la cruz nos dio salvación y vida eterna.

A mi madre Aurelia, mi esposa Daniela y mis hijos
Márcel y Omar, lo más valioso que Dios me dio en la
vida; razón, motor y motivo de mi existencia.

PRESENTACIÓN

Con gran satisfacción presento este trabajo de suficiencia profesional consistente en dos informes sobre dos expedientes judiciales sobre **“Tercería de propiedad”** e **“indemnización por despido arbitrario”**, respectivamente. Ello con la finalidad de obtener el título profesional de Abogado bajo la modalidad de *trabajo de suficiencia profesional*. El primer informe trata sobre el expediente judicial civil de **tercería de propiedad** seguido por **Eucebia Claudina Morales García** contra el **Banco Wiese Sudameris y otros**, ante la **Corte Superior de Justicia del Santa**. Consta de tres capítulos, el primero de los cuales se refiere al *resumen del proceso judicial*, desde la demanda hasta la sentencia final de la Corte Suprema. El segundo al *marco teórico* del caso sub litis, en el que se estudia los temas implicados en dicho proceso judicial, cuales son la tercería de propiedad, la transferencia de la propiedad y la hipoteca y su extensión. Y el tercer y último capítulo está dedicado al *análisis crítico del proceso*, en el que se realiza un examen valorativo de lo acontecido y decidido en el proceso, tanto a nivel procesal o formal como sustantivo o de fondo. Finalmente, se consignan las respectivas conclusiones del caso *sub judice*.

El segundo informe corresponde al expediente judicial laboral de **indemnización por despido arbitrario** seguido por **Alfonso Polidoro Ruiz Gómez** contra **Venecia Restaurant S.C.R.L.**, ante la misma Corte. Consta igualmente de tres capítulos: el primero se refiere al *resumen del proceso judicial*, desde la demanda hasta el recurso de casación formulado por el demandante contra la sentencia de segunda instancia. El segundo al *marco teórico* del caso sub litis, en el que se estudia el tema de dicho proceso, cual es el despido por falta grave. Y el tercer y último capítulo se contrae al *análisis crítico del proceso*, en el que se hace un examen valorativo de lo sucedido y decidido en el proceso, tanto desde la óptica procesal o formal como sustantiva o de fondo. Finalmente, vertimos las respectivas conclusiones del caso *sub examine*.

Chimbote, julio de 2018

Abel Ánderson Santos Liñán

ÍNDICE GENERAL

| | |
|--------------------|---|
| Dedicatoria | 3 |
| Presentación | 4 |
| Resumen | 9 |

DEL EXPEDIENTE SOBRE TERCERÍA DE PROPIEDAD

CAPÍTULO I RESUMEN DEL PROCESO JUDICIAL

| | |
|--|----|
| 1. Datos generales del proceso | 12 |
| 2. La demanda | 13 |
| 3. Admisión de la demanda | 16 |
| 4. Contestación de la demanda | 16 |
| 5. Admisión de la contestación | 19 |
| 6. Allanamiento y reconocimiento | 19 |
| 7. Improcedencia del allanamiento | 20 |
| 8. Audiencia de saneamiento y conciliación | 20 |
| 9. Audiencia de pruebas | 21 |
| 10. Trámite procesal | 21 |
| 11. Sentencia | 22 |
| 12. Apelación de la sentencia | 24 |
| 13. Concesión de la apelación | 25 |
| 14. Sentencia de vista | 25 |
| 15. Recurso de casación | 27 |
| 16. Concesión de la casación | 28 |
| 17. Sentencia de la Corte Suprema | 29 |

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

I. LA TERCERÍA DE PROPIEDAD

| | |
|-------------------|----|
| 1. Concepto | 32 |
|-------------------|----|

| | |
|---|----|
| 2. Su tratamiento procesal | 33 |
| 2.1. Oportunidad de la demanda | 33 |
| 2.2. Vía procedimental y juez competente | 34 |
| 2.3. Requisitos especiales de admisibilidad | 34 |
| 2.4. Efecto de su admisión | 35 |
| 2.5. Sanciones contra su uso indebido | 36 |

II. TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD

| | |
|---|----|
| 1. Introducción | 37 |
| 2. Sistemas de transferencia de la propiedad | 37 |
| 2.1. Sistema romano o “del título y el modo” | 37 |
| 2.2. Sistema consensual o espiritualista | 39 |
| 2.3. Sistema del “acuerdo abstracto de transmisión” | 42 |
| 3. Sistema vigente en el Perú | 44 |
| 4. Transferencia de inmuebles frente a terceros: oposición de derechos reales | 46 |

III. EL DERECHO DE HIPOTECA Y SU EXTENSIÓN

| | |
|---|----|
| 1. Concepto y características de la hipoteca | 51 |
| 2. Extensión de la hipoteca | 53 |
| 2.1. Premisa | 53 |
| 2.2. Las partes integrantes del bien hipotecado | 54 |
| 2.3. Las partes accesorias del bien hipotecado | 56 |
| 2.4. Indemnizaciones de los seguros y de la expropiación del bien hipotecado... | 56 |
| 2.5. Lo que se incorpora en el bien hipotecado después de la hipoteca | 57 |
| 2.6. Las nuevas construcciones | 59 |

CAPÍTULO III ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCESO

| | |
|---|----|
| 1. Análisis procesal o de forma | 65 |
| 2. Análisis sustantivo o de fondo | 69 |

| | |
|---|----|
| 3. Actuación de los sujetos procesales | 73 |
| 3.1. Actuación procesal de la demandante | 73 |
| 3.2. Actuación procesal del demandado | 75 |
| 3.3. Actuación procesal del codemandado | 77 |
| 3.4. Actuación procesal de los órganos jurisdiccionales | 78 |
| CONCLUSIONES DEL CASO | 80 |
| BIBLIOGRAFÍA | 82 |

DEL EXPEDIENTE SOBRE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO

CAPÍTULO I RESUMEN DEL PROCESO JUDICIAL

| | |
|--|----|
| 1. Datos generales del proceso | 85 |
| 2. La demanda | 85 |
| 3. Admisión de la demanda | 88 |
| 4. Contestación de la demanda | 88 |
| 5. Admisión de la contestación | 90 |
| 6. Audiencia única | 90 |
| 7. Sentencia | 91 |
| 8. Apelación de la sentencia | 92 |
| 9. Concesión de la apelación | 93 |
| 10. Sentencia de vista | 93 |
| 11. Recurso de casación | 95 |
| 12. Improcedencia de la casación | 95 |

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

| | |
|---|----|
| I. EL DESPIDO POR FALTA GRAVE EN EL DERECHO LABORAL PERUANO | |
| 1. Introducción | 96 |

| | |
|---|-----|
| 2. Concepto y características del despido | 96 |
| 3. Causas justificativas del despido | 97 |
| 4. El despido por falta grave | 99 |
| 4.1. Concepto y características de la falta grave | 99 |
| 4.2. Las faltas graves previstas por la ley laboral | 102 |
| 4.3. El despido por la falta grave de apropiación de bienes del empleador | 105 |
| 5. El procedimiento previo del despido..... | 106 |

CAPÍTULO III ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCESO

| | |
|---|-----|
| 1. Análisis procesal o de forma..... | 110 |
| 2. Análisis sustantivo o de fondo | 112 |
| 3. Actuación de los sujetos procesales | 115 |
| 3.1. Actuación procesal del demandante | 115 |
| 3.2. Actuación procesal de la demandada | 116 |
| 3.3. Actuación procesal de los órganos jurisdiccionales | 116 |
| CONCLUSIONES DEL CASO | 117 |
| BIBLIOGRAFÍA | 118 |

RESUMEN

Mediante el presente **trabajo de suficiencia profesional** se sustenta y analiza dos expedientes judiciales a través de dos informes académicos. En el primer informe se analiza y valora un interesante expediente civil de *Tercería de propiedad*, en donde la parte demandante solicita al órgano jurisdiccional que se deje sin efecto el remate del segundo y tercer piso de un inmueble que había sido hipotecado por unos esposos a favor de un banco, siendo estos últimos la parte demandada. La parte demandante alega tener un derecho de propiedad sobre los referidos pisos, mientras que el banco demandado aduce tener un derecho de hipoteca sobre dichos pisos, produciéndose así un conflicto de derechos reales sobre un mismo bien inmueble. La parte demandante sostiene que el derecho de hipoteca del banco demandado solo comprende el primer piso del bien hipotecado, mas no el segundo y tercer piso de su propiedad, pues estos pisos aún no existían cuando se celebró la hipoteca. De esta manera, en el proceso se discute y resuelve, en primer lugar, si la hipoteca del banco demandado se extiende a los pisos construidos después de la celebración de la hipoteca. Y en segundo lugar, cuál de los derechos reales enfrentados debe prevalecer. En el segundo informe se analiza y valora un interesante expediente laboral sobre *Indemnización por despido arbitrario*, en el que se debate si el demandante fue despedido arbitrariamente por el demandado, o si lo fue por una justa causa contemplada por la ley.

Palabras claves:

| | |
|--------------|---|
| Temas | Tercería de propiedad Indemnización por despido arbitrario |
| Especialidad | Derecho Civil y Derecho Laboral |

Keywords:

| | |
|-----------|---|
| Text | Property third party Compensation by arbitrary labor |
| Specialty | Civil law and Civil labor |

**INFORME DEL EXPEDIENTE CIVIL SOBRE
TERCERÍA DE PROPIEDAD**

CAPÍTULO I

RESUMEN DEL PROCESO JUDICIAL

1. DATOS GENERALES DEL PROCESO

1.1. Expediente Nro.:

704-2003-0-2501-JR-CI-04

1.2. Materia:

Tercería de propiedad

1.3. Demandante:

Eucebia Claudina Morales García

1.4. Demandados:

a) Banco Wiese Sudameris, hoy Scotiabank Perú S.A.A.

b) Juan Manuel López Huamán

c) Aída Isolina Malca Hernández

1.5. Órganos jurisdiccionales de primera instancia:

a) Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa (CSJSA),

a cargo de la juez Doris Patricia Asencios Freyre.

b) Quinto Juzgado Civil de la CSJSA (entonces, juzgado transitorio de descarga procesal), a cargo del juez Carlos Anticono Luján.

1.6. Órgano jurisdiccional de segunda instancia:

Primera Sala Civil de la CSJSA, integrada por los vocales Walter Ramos Herrera, Jesús Murillo Domínguez y Raúl Rodríguez Soto (Ponente).

1.7. Órgano jurisdiccional de casación:

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, integrada por los jueces supremos Ticona Postigo, Solís Espinoza, Palomino García, Castañeda Serrano y Miranda Molina (Ponente).

2. LA DEMANDA

2.1. Pretensión

Con fecha 14 de abril de 2003, doña Eucebia Claudina Morales García interpuso demanda de tercería de propiedad contra el Banco Wiese Sudameris (hoy Scotiabank Perú S.A.A.), y los esposos Juan Manuel López Huamán y Aída Isolina Malca Hernández (en adelante, los esposos López-Malca), a fin de que se deje sin efecto el remate judicial del segundo y tercer piso del inmueble ubicado en el jirón Lima N.º 722 (mz. P, lte. 4) del pueblo joven Florida Baja, distrito de Chimbote, provincia del Santa, departamento de Ancash. Remate que se pretendía realizar en el proceso de ejecución de garantías (Exp. N.º 571-2002), seguido por el demandado Banco Wiese Sudameris (como ejecutante) contra los codemandados esposos López-Malca (como ejecutados), ante el Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa.

2.2. Fundamentos de hecho de la demanda

Sostiene la demandante que el **17 de diciembre de 1993**, celebró un **contrato privado de compra venta de aires** con los esposos López-Malca, en virtud del cual estos le vendieron los aires de su inmueble ubicado en el jirón Lima N.º 722 del pueblo joven Florida Baja, distrito de Chimbote, provincia del Santa, departamento de Ancash. Refiere que en **septiembre de 1995**, inició la construcción de su vivienda en los aires que había adquirido, es decir, la construcción del segundo y tercer piso del inmueble antes referido, concluyendo tal obra en **julio de 1996**. Afirma que, por lo tanto, desde la fecha en que celebró el referido contrato privado de transferencia de aires (**17 de diciembre de 1993**), ella ya era propietaria de los aires del inmueble antes aludido, puesto que dicho contrato quedó perfeccionado desde el momento de su celebración, según lo dispuesto por el artículo 1373 del Código Civil¹.

Señala que, sin embargo, los esposos López-Malca no cumplieron su obligación de otorgarle la respectiva escritura pública de compra venta de aires, por lo que no pudo inscribir oportunamente su derecho en los Registros Públicos. Razón por la cual, con fecha **29 de marzo de 2000**, formuló demanda de otorgamiento de escritura pública contra los referidos esposos (Exp. N.º 510-2000), demanda que fue declarada fundada mediante sentencia de fecha **13 de julio de 2000**, ordenándose a los esposos

¹ Art. 1373 C.C.: «El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente».

López-Malca que cumplieran con otorgarle la respectiva escritura pública de compra venta de aires, bajo apercibimiento de ser otorgada por el juzgado. Indica que ante el incumplimiento de tal orden judicial por los referidos esposos, fue el propio juzgado el que le otorgó dicha escritura pública, **la misma que fue inscrita** en el Registro Predial Urbano de Chimbote.

Expresa, de otro lado, que si bien es cierto que con fecha **13 de diciembre de 1994**, los esposos López-Malca hipotecaron el inmueble antes indicado a favor del Banco Wiese Sudameris, también lo es que ella adquirió los aires de dicho inmueble el **17 de diciembre de 1993**, es decir, antes de la mencionada hipoteca; y si en los Registros Públicos primero aparece inscrita dicha hipoteca, es porque los esposos López-Malca no le otorgaron la respectiva escritura pública, como también lo dijo. Pero recalca que cuando se celebró e inscribió dicha hipoteca, ella ya era dueña de los aires del mencionado inmueble. Indica, además, que la citada hipoteca **no afectó el segundo y tercer piso que son de su propiedad, puesto que dichos pisos aún no existían cuando se celebró la hipoteca (13 de diciembre de 1994), habiéndose construido dichos pisos en septiembre de 1995, es decir, casi un año después de la hipoteca**. Por tanto –alega la demandante– no se puede aceptar que el segundo y el tercer piso de su propiedad se encuentren también hipotecados y sujetos a remate, si dichos pisos sencillamente no existían cuando se celebró la hipoteca; admitir lo contrario sería estar ante una **hipoteca de bienes futuros**, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 1106 del Código Civil. Sostiene la actora, por último, que estando fehacientemente probado su derecho de propiedad sobre los aires del referido inmueble, y sobre el segundo y el tercer piso en ellos construidos, no es justo que se rematen dichos pisos, pues ella no tiene ninguna obligación con el banco demandado.

2.3. Fundamentos de derecho

La demandante funda su demanda en los siguientes preceptos jurídicos:

Constitución

a) Art. 70: «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley...».

Código Civil

b) Art. 923: «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien».

c) Art. 1099: «Son requisitos de validez de la hipoteca: 1.- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley...».

d) Art. 1106: «No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros».

Código Procesal Civil

e) Art. 533: «La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes»².

f) Art. 534: «La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien...».

g) Art. 535: «La demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del Artículo 424 y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta...».

2.4. Medios probatorios

Ofrece los siguientes:

a) Escritura pública de transferencia de aires de fecha 16 de noviembre de 2000, otorgada por el Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, a favor de la demandante, donde aparece inserto el contrato privado de compra venta de aires, de fecha 17 de diciembre de 1993.

b) Copia literal de la Partida Registral N.º P09033681, expedida por el Registro Predial Urbano de Chimbote, en cuyo Asiento 006 aparece inscrita la transferencia de aires a favor de la actora.

²Texto vigente al tiempo de la demanda y de todo el proceso. Posteriormente, dicho artículo fue modificado por el Decreto Legislativo N.º 1069, publicado el 28 de junio de 2008, siendo su texto actual el siguiente:

«La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes. Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho real del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación» (resaltado nuestro).

c) Declaración jurada notarial del 03 de junio de 2002, emitida por el albañil Teófilo Pizán Flores, donde este asegura que fue contratado por la demandante para construir su casa del segundo y tercer piso del inmueble sub litis, desde setiembre de 1995 hasta julio de 1996.

d) 02 Planos de construcción del segundo y tercer piso del inmueble precitado visados por el ingeniero civil Winston Douglas Cumpa Velásquez.

e) Copia de la escritura pública de garantía hipotecaria del 13 de diciembre de 1994, otorgada por los esposos López-Malca a favor del Banco Wiese Sudameris.

f) Copia de piezas procesales del Exp. 571-2002, sobre ejecución de garantías, donde se ordenó el remate del inmueble sub litis.

3. ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Mediante resolución nro. 02, de fecha 08 de mayo de 2003, el Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior del Santa admitió a trámite la demanda en la vía del **proceso abreviado**, y corrió traslado de la misma a los codemandados a fin de que la absolvieran en el plazo de 10 días de notificados, bajo apercibimiento de seguirse el proceso en su rebeldía. Asimismo, se dispuso la suspensión del proceso de ejecución de garantías (Expediente N.º 571-2002) donde se iba a rematar el inmueble sub litis, hasta que se resolviera definitivamente el presente proceso de tercería de propiedad incoado por la demandante; ello de conformidad con lo prescrito por el artículo 536 del Código Procesal Civil.

4. CONTESTACIÓN DEL BANCO WIESE SUDAMERIS

4.1. Petitorio

Mediante escrito nro. 01, del 26 de junio de 2003, el demandado Banco Wiese Sudameris, representado por Carlos Zamalloa Barrera y Gilberto Saavedra Negrón, contesta la demanda solicitando que fuera declarada **improcedente**,

4.2. Fundamentos de hecho

Señala el Banco Wiese Sudameris que la demanda planteada es **improcedente**, ya que en materia de tercería de propiedad no es suficiente que exista un documento de fecha cierta por el que se transfiere la propiedad de un bien, sino que es necesario

que el derecho adquirido se haya inscrito con anterioridad al derecho al cual se opone o pretende excluir, lo que no ha sido acreditado por la demandante en el presente caso. Por tanto –sostiene– el petitorio de la demanda es **jurídicamente imposible**, a tenor del artículo 427, inciso 5, del Código Procesal Civil.

Afirma, en ese sentido, que el contrato de hipoteca que celebró con los esposos López-Malca sobre el inmueble sub litis fue inscrito con anterioridad al contrato privado de transferencia de aires celebrado por la demandante, por lo que resultan aplicables los artículos 2014, 2016 y 2022 del Código Civil relativos a los principios de fe registral, prioridad registral y oponibilidad de derechos reales, pues dicho bien fue hipotecado cuando no tenía ninguna afectación, subdivisión o independización y, sobre todo, ninguna limitación sobre los aires. Indica que debe tenerse en cuenta lo pactado en la segunda cláusula de dicho contrato de hipoteca, donde se acordó que *la hipoteca comprende cuanto corresponda o pueda corresponder al inmueble sub litis, sin que nada de lo existente en el momento en que fue edificado o introducido con posterioridad pueda ser excluido*. Que también debe tenerse en cuenta lo estipulado en la primera y en la sexta cláusula de la hipoteca, donde los esposos López-Malca declararon ser los únicos propietarios del inmueble sub litis y que sobre el mismo no pesaba ninguna carga, gravamen o limitación. Agrega que, por consiguiente, tanto a nivel registral como contractual se aprecia que a la fecha de la hipoteca no existía limitación alguna sobre la titularidad del inmueble hipotecado, por lo que se entiende que quien lo gravó tenía todas las facultades legales para ello; por lo que queda claro que a la actora no le asiste derecho alguno para oponer “su derecho” frente al suyo, pues ello es jurídicamente imposible.

4.3. Fundamentos de derecho

Código Civil:

a) Art. 2014 (Principio de buena fe pública registral): «El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas

que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro»³.

b) Art. 2016 (Principio de prioridad registral): «La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro».

c) Artículo 2022 (Principio de oponibilidad de derechos reales): «Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone...».

Código Procesal Civil:

d) Art. 427, inciso 5: «El Juez declara improcedente la demanda cuando: (...) El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible».

Jurisprudencia:

a) «Que, de conformidad con lo establecido en el artículo dos mil veintidós del Código Civil, para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone, y en el presente caso el documento privado presentado por el demandante no se encuentra dentro de lo que establece dicho artículo». (Sala Civil de la Corte Superior del Santa, Exp. N.º 434-2002, 24-06-2002, segundo considerando).

b) «Que, se ha establecido en reiterada jurisprudencia que tratándose de tercera de dominio sobre inmuebles inscritos en el Registro de Propiedad Inmueble, es necesario que el derecho se haya inscrito con anterioridad al que se pretende excluir u oponer...». (Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, Exp. N.º 15-2002, 15-04-2003, tercer considerando).

³Texto vigente al tiempo de la demanda y de todo el proceso. Posteriormente, este artículo fue modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30313, publicada el 26 de marzo de 2015, siendo su texto actual como sigue: "El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro".

c) «Que, en materia de tercería de dominio sobre inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad Inmueble, no es suficiente la existencia de un documento privado de fecha cierta por el que se transfiere la propiedad, sino que es necesario que el derecho se haya inscrito con anterioridad al que se quiere excluir u oponer...». (Cas. N.º 310-2001-Lambayeque, 05-11-2001, considerando 8).

4.4. Medios probatorios

El banco demandado ofrece los siguientes medios probatorios:

a) Exhibición del contrato privado de transferencia de aires del 17 de diciembre de 1993, celebrado entre la actora y los esposos López-Malca; donde se constata que dicho contrato no fue inscrito regístralmente, señala el banco demandado.

b) Exp. N.º 510-2000, sobre otorgamiento de escritura pública, seguido por la actora contra los esposos López-Malca ante el 2º Juzgado Civil de la Corte del Santa; donde se verifica que la transferencia de aires realizada por dicho Juzgado a favor de la actora fue inscrita con posterioridad a la hipoteca, afirma el banco demandado.

c) Copia de la escritura pública de garantía hipotecaria, de fecha 13 de diciembre de 1994, otorgada por los esposos López-Malca a favor del Banco Wiese Sudameris; en cuya anotación final se aprecia que dicha hipoteca **fue inscrita en los Registros Públicos el 05 de enero de 1995**, es decir, antes que la transferencia de aires a favor de la demandante.

d) Copia de los actuados del Exp. N.º 571-2002, sobre ejecución de garantías, seguido por el Banco Wiese Sudameris contra los esposos López-Malca.

5. ADMISIÓN DE LA CONTESTACIÓN

Mediante resolución nro. 03, de fecha 30 de junio de 2003, el juzgado tuvo por contestada la demanda por parte del Banco Wiese Sudameris.

6. ALLANAMIENTO DEL CODEMANDADO JUAN LÓPEZ HUAMÁN

Mediante escrito nro. 01, del 01 de julio de 2003, el codemandado Juan Manuel López Huamán **se allana y reconoce la demanda**, sosteniendo que es cierto que el 17 de diciembre de 1993, él y su esposa Aída Isolina Malca Hernández celebraron un contrato privado de compra venta con la demandante Eucebia Morales García, por

medio del cual le transfirieron a esta la propiedad de los aires de su inmueble (de un piso) ubicado en el jirón Lima N.º 722 del pueblo joven Florida Baja de la ciudad de Chimbote. Que también es cierto que no cumplieron con otorgarle a la demandante la escritura pública de transferencia de aires, «por falta de recursos económicos para los gastos y por motivos personales», por lo que la demandante les interpuso demanda de otorgamiento de escritura pública, la que fue declarada fundada y, en ejecución de sentencia, se le otorgó a la actora la respectiva escritura pública de compra venta de aires, la misma que fue inscrita en el Registro Predial Urbano de Chimbote. Señala, asimismo, que es verdad que la demandante edificó en los aires que le transfirieron su vivienda del segundo y tercer piso, los cuales **jamás fueron hipotecados a favor del codemandado Banco Wiese Sudameris**, como este pretende hacer creer. Señala que, en efecto, conforme se aprecia de la escritura pública de hipoteca de fecha 13 de diciembre de 1994, nunca se comprendió en dicha hipoteca la fábrica del segundo y tercer piso de propiedad de la actora, porque a la fecha de celebración de tal hipoteca dichas construcciones no existían. Añade que se ha registrado la fábrica del inmueble a su nombre solo con el fin de obtener la independización de la propiedad horizontal del inmueble. **Jurídicamente** funda su pretensión en lo establecido por los artículos 330 y 331 del Código Procesal Civil.

7. IMPROCEDENCIA DEL ALLANAMIENTO

Mediante resolución nro. 04, de fecha 04 de julio de 2003, el juzgado tuvo por **«contestada»** la demanda por parte del demandado Juan Manuel López Huamán. Asimismo, declaró **improcedente** el allanamiento a la demanda planteado por este, toda vez que los demás demandados no se allanaron a la misma, como lo exige el art. 332, inciso 6, del C.P.C.⁴. Y declaró **rebelde** a la codemandada Aída Isolina Malca Hernández. Y, por último, se señaló fecha para la audiencia de saneamiento procesal y conciliación.

8. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO PROCESAL Y CONCILIACIÓN

El 03 de diciembre de 2003, se realizó la audiencia de saneamiento procesal y conciliación, en donde, mediante resolución nro. 06, se declaró saneado el proceso al

⁴ Artículo 332, inciso 6, del Código Procesal Civil: "El juez declara improcedente el allanamiento y ordena la continuación del proceso cuando: (...) 6. Habiendo litisconsorcio necesario, el allanamiento no proviene de todos los demandados".

existir una relación jurídico procesal válida entre las partes. No se promovió la conciliación debido a la inconcurrencia de los codemandados los esposos López-Malca. Se fijó como punto controvertido del proceso: determinar si el derecho real de propiedad que alega tener la demandante sobre los aires del segundo y tercer piso del inmueble sub litis, tiene prioridad frente al derecho real de hipoteca constituido por los esposos López-Malca a favor del codemandado Banco Wiese Sudameris, sobre el mismo bien inmueble. Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes, y se convocó a la respectiva audiencia de pruebas.

9. AUDIENCIA DE PRUEBAS

El 01 de junio de 2004, se realizó la audiencia de pruebas en donde se actuaron los medios probatorios admitidos. En cuanto a los medios probatorios admitidos a la actora, al consistir estos solo en documentos, serían valorados al emitirse sentencia. En cuanto a los medios probatorios del **Banco Wiese Sudameris**, se solicitó a la demandante la exhibición del contrato privado de compra venta de aires de fecha 17 de diciembre de 1993, refiriendo esta que tal contrato se encontraba en el Exp. N.º 510-2000, sobre otorgamiento de escritura pública; ante lo cual se dispuso que tal situación se verificaría en su oportunidad. Los demás medios probatorios, por tratarse de documentos, serían valorados al momento de sentenciar. Y en cuanto a los medios probatorios admitidos al codemandado **Juan Manuel López Huamán**, igualmente, al consistir en documentos, serían merituados al sentenciar. Finalmente, no habiendo más medios probatorios que actuar, se comunicó a las partes que podían presentar sus alegatos y que la causa quedaba expedita para emitir sentencia.

10. TRÁMITE PROCESAL

Mediante resolución nro. 14, del **07 de marzo de 2006**, se dispuso remitir el expediente al otrora “Juzgado Civil Transitorio” (hoy, Quinto Juzgado Civil de la Corte Superior del Santa), en aplicación de las Resoluciones Administrativas N.º 075 y 078-P-CSJSA/PJ⁵. Mediante resolución nro. 15, de fecha 27 de marzo de 2006, dicho juzgado tuvo por recibido el expediente y, siendo su estado, dispuso se ponga dicho expediente en despacho para emitir la sentencia de ley.

⁵ Mediante las cuales se creó el Juzgado Civil Transitorio de la Corte del Santa, como juzgado de descarga procesal, y se autorizó la remisión de expedientes a dicho juzgado.

11. SENTENCIA

Mediante resolución nro. 16, del **29 de mayo de 2006**, el Quinto Juzgado Civil expide sentencia declarando **fundada** la demanda y, en consecuencia, **ordena se deje sin efecto el remate judicial del segundo y tercer piso del inmueble ubicado en el jirón Lima N.º 722 (manzana P, lote 4) del pueblo joven Florida Baja, distrito de Chimbote, provincia del Santa, departamento de Ancash**; remate que había de realizarse en el proceso de ejecución de garantías (Expediente N.º 571-2002) seguido por el demandado Banco Wiese Sudameris contra los codemandados esposos López-Malca, ante el Cuarto Juzgado Civil de la Corte Superior del Santa. Con costas y costos. Los principales fundamentos de la sentencia son los siguientes:

a) Con el Exp. N.º 510-2000, sobre otorgamiento de escritura pública, seguido por la demandante contra los esposos López-Malca, se ha acreditado la existencia del contrato privado de compra venta de aires celebrado con fecha 17 de diciembre de 1993, mediante el cual los esposos López-Malca transfirieron a la demandante los aires del inmueble sub litis. Que dicho contrato se realizó con firmas notarialmente legalizadas, adquiriendo así fecha cierta y, por ende, plena eficacia jurídica en el proceso, acorde con el artículo 245, inciso 3, del Código Procesal Civil. Que, en la sexta cláusula del referido contrato, los esposos López-Malca se obligaron a otorgar a favor de la actora la escritura pública de dicho contrato, a fin de sanear su derecho de propiedad; y ante el incumplimiento de dicha obligación por los referidos esposos, la actora les interpuso demanda de otorgamiento de escritura pública, la misma que fue declarada fundada por sentencia de fecha 13 de julio de 2000, ordenándose a los esposos López-Malca que cumplieran con otorgar a la actora la escritura pública de compra venta de aires del inmueble sub litis, bajo apercibimiento de ser otorgado por el juzgado. No habiendo cumplido los esposos López-Malca dicho mandato judicial, fue el propio juzgado quien, con fecha **16 de noviembre de 2000**, otorgó a la actora la mencionada escritura pública de transferencia de aires del inmueble sub litis, tal como se acredita con la copia de dicha escritura pública obrante en autos; **escritura pública que fue inscrita el 23 de noviembre de 2000, en la Partida Registral N.º P09033681, Asiento 006, del Registro Predial Urbano de Chimbote**, tal como se acredita con la copia literal respectiva que obra en autos. Que, por consiguiente, se ha acreditado fehacientemente el derecho de propiedad de la demandante sobre los aires

del inmueble sub litis, desde el 17 de diciembre de 1993; aires en los cuales la actora ha construido el segundo y el tercer piso de tal inmueble. (Considerandos 6 y 12).

b) **Que tratándose de la propiedad de bienes inmuebles, la sola obligación de enajenarlos hace al acreedor propietario de ellos**, es decir, que la transferencia y adquisición de la propiedad de un bien inmueble opera por el solo consenso, y no por la formalización del contrato mediante escritura pública, **ni por su inscripción en los registros públicos**, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario, conforme al artículo 949 del Código Civil. Que, por lo tanto, en el caso de autos resulta irrelevante que la inscripción de la transferencia de aires a favor de la actora sea posterior (23-11-2000) a la inscripción de la hipoteca otorgada a favor del Banco Wiese Sudameris (05-01-1995), pues la inscripción no es constitutiva de derechos sino la declaración de voluntad, conforme al artículo 1352 del Código Civil⁶. Que para interponer con éxito una tercería de propiedad es necesario que la fecha de adquisición de la propiedad sea cierta y que preceda a la fecha de la medida cautelar o de la garantía hipotecaria, lo que se da en el presente caso, puesto que el contrato privado de transferencia de aires a favor de la actora es de fecha cierta anterior (17-12-1993) al contrato de hipoteca otorgado por los esposos López-Malca a favor del Banco Wiese Sudameris (13-12-1994). (Considerandos 10, 11 y 13).

c) Del referido contrato de hipoteca se aprecia que tal hipoteca **«solo gravaba el inmueble y lo edificado hasta la fecha de su celebración, no apreciándose que dicha hipoteca se extienda a los aires del referido bien hipotecado»**. Ello porque al tiempo de constituirse la hipoteca sobre el inmueble sub litis –señala el juez– solo existía una vivienda de un piso que era de propiedad de los hipotecantes (los esposos López-Malca), y los aires de tal inmueble que eran de propiedad de la demandante; **pero las construcciones del segundo y tercer piso aún no existían**. Por lo tanto, indica el juez, **existiendo la prohibición legal de hipotecar bienes futuros** (artículo 1106 del Código Civil), **la hipoteca solo comprendía el lote de terreno y el primer piso existentes al momento de su celebración, mas no el segundo y tercer piso de tal inmueble, pues estas construcciones aún no existían al celebrarse la hipoteca**. Más aún si en la cláusula segunda del mencionado contrato de hipoteca no se señala

⁶ Artículo 1352 del Código Civil: "Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad".

en forma expresa que también quedaba hipotecado todo lo que fuese edificado con posterioridad a la celebración del contrato; y la parte de dicha cláusula en la que se indica que *nada de lo introducido con posterioridad a la hipoteca será excluido*, no se refiere a las construcciones que podían efectuarse en el futuro, sino «a las partes integrantes y accesorias» del bien, que de conformidad con el art. 1101 del Código Civil, sí se encuentran comprendidas en la hipoteca. Que por lo expuesto –señala el juez–, «cabe concluir que el Banco demandado no tiene un derecho real de hipoteca sobre el segundo y el tercer piso del inmueble [sub Litis], por lo que siendo así, no resulta aplicable lo estipulado en el Art 2022° del Código Civil...». Por lo tanto, «el derecho real de la demandante resulta ser pleno y oponible al banco demandado»; por lo que «el remate del inmueble sub materia no puede extenderse a la segunda y tercera planta», y siendo así, «la demanda debe ser amparada». (Considerando 15).

d) Que la pretensión del banco demandado de rematar el segundo y tercer piso del inmueble sub litis constituye un «abuso de derecho». Ello por cuanto «si bien el banco demandado tenía constituido a su favor un derecho real de hipoteca sobre un inmueble que al momento de ser gravado contaba sólo con una edificación, dicho derecho no se podía extender en forma abusiva a las construcciones que se edificaron con posterioridad a su celebración, más [aún] si existe un dispositivo legal expreso que prohíbe hipotecar bienes futuros...». (Considerando 16).

12. APELACIÓN DE LA SENTENCIA

Mediante escrito de 07 de junio de 2006, el demandado Banco Wiese Sudameris interpone recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada, argumentando básicamente que **la hipoteca constituida a su favor por los esposos Lopez-Malca sí se extiende al segundo y tercer piso del inmueble sub litis y que, por tanto, también están sujetos a remate.** Refiere, en ese sentido, que la segunda cláusula del contrato de hipoteca es clara al señalar que ella comprende lo que corresponda o pueda corresponder al inmueble sub litis, sin que nada de lo existente al tiempo de su celebración **o introducido con posterioridad pueda ser excluido.** Que es claro que en virtud de dicha cláusula, todo lo que posteriormente se construyera, independizara o adhiriera al bien hipotecado estaría igualmente afectado por la garantía. Señala, de otro lado, que al constituirse la hipoteca no existía ninguna propiedad horizontal

inscrita o en trámite que limitase el derecho de propiedad de los hipotecantes. Y si después de la hipoteca el inmueble pasó al régimen de propiedad horizontal, el gravamen se transmitió a los nuevos inmuebles independizados. Indica, además, que el segundo y el tercer piso del inmueble sub litis sí constituyen partes integrantes de tal inmueble y como tal sí están comprendidos en la hipoteca. Que lo señalado en la sentencia en el sentido que la hipoteca del segundo y tercer piso del predio sub litis constituye una hipoteca de bienes futuros, resulta apresurado, pues los bienes futuros a los que se refiere el art. 1106 del Código Civil son aquellos bienes indeterminables, expectantes y ulteriores, mas no las edificaciones futuras realizadas sobre un bien determinado ya existente como el inmueble sub litis. Que, por lo tanto, al encontrarse afectados con la hipoteca el segundo y el tercer piso de dicho inmueble, el contrato privado de compraventa de aires del 17 de diciembre de 1993 no es oponible a tal hipoteca, de conformidad con los artículos 2014, 2016 y 2022 del Código Civil.

Por último, sostiene que la sentencia apelada le causa agravio económico, por cuanto libera partes integrantes de un bien hipotecado a su favor, disminuyendo así el valor del inmueble en perjuicio de su acreencia. Y que tal sentencia es un negativo precedente para las hipotecas, pues da un mensaje para que los que otorgan hipotecas puedan liberarse de ellas construyendo sobre los bienes hipotecados.

13. CONCESIÓN DE LA APELACIÓN

Mediante resolución nro. 17, de fecha 08 de junio de 2006, se concede al banco demandado apelación con efecto suspensivo contra la sentencia antes mencionada, ordenándose que se remita el expediente al superior jerárquico. Mediante resolución nro. 18, de fecha 21 de junio de 2006, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa tiene por recibido el expediente y corre traslado a la demandante del escrito de apelación.

14. SENTENCIA DE VISTA

Mediante resolución nro. 24, de fecha 31 de octubre de 2006, la Primera Sala Civil de la Corte del Santa emite sentencia de vista **revocando** la sentencia de primera instancia y, reformándola, declara **infundada** la demanda de tercería de propiedad incoada por doña Eucebia Claudina Morales García contra el Banco Wiese

Sudameris y los esposos López-Malca. He aquí los principales fundamentos de la referida Sala Superior Civil:

a) Que uno de los caracteres jurídicos de la hipoteca es que es indivisible, vale decir, que recae sobre el todo y cada una de las partes del bien hipotecado, y si dicho bien llega a dividirse, todas y cada una de las partes continúan gravadas en garantía del pago, como así lo establece el artículo 1102 del Código Civil⁷. Que la cláusula segunda del contrato de hipoteca otorgado por los esposos López-Malca a favor del Banco Wiese Sudameris, del 13 de diciembre de 1994, guarda coherencia con el referido carácter indivisible de la hipoteca, y con lo establecido por el artículo 887 del Código Civil, que define a las partes integrantes de un bien como aquello que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien, y que señala en su parte final que las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares. Que el artículo 889 del mismo Código prescribe que «las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de este, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación». Que, por consiguiente, en el caso de autos la hipoteca comprende el primer piso existente al momento de su constitución y todo lo que se construyó en adelante (segundo y tercer piso), ya que esto último tiene categoría de sobresuelo y, por ello, es parte integrante de él (es decir, del primer piso). (Véanse los considerandos 4 al 7).

b) Que cuando se constituyó la hipoteca, el inmueble sub litis no se encontraba sujeto al régimen de propiedad horizontal, sino que estaba conformado por el terreno y el primer piso, de manera que las posteriores edificaciones, esto es, la segunda y la tercera planta, seguían teniendo la condición de sobresuelo y, por ende, también afectadas por la garantía hipotecaria. (Considerando 8).

c) Que conforme a la copia literal de dominio obrante en autos, la hipoteca a favor del banco Wiese Sudameris fue inscrita el “22 de setiembre de 1999” (sic) (en realidad fue inscrita **el 05 de enero de 1995**), mientras que la transferencia de los aires del inmueble sub litis a favor de la actora fue inscrita “el 08 de enero de 2001” (sic) (en realidad lo fue **el 23 de noviembre de 2000**). Que, en ese sentido, la actora pretende oponer su derecho real de propiedad sobre los aires del inmueble sub litis al

⁷ Artículo 1102 del Código Civil.: «La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados».

derecho real de hipoteca del banco demandado sobre el mismo inmueble, vale decir, están enfrentados dos derechos reales, por lo que se debe aplicar el artículo 2022 del Código Civil⁸, norma esta orientada «a determinar el derecho de preferencia y de exclusión de un derecho real respecto a otros derechos reales que se le opongan». Que en el presente caso no resulta oponible el derecho real de la demandante al derecho real del banco demandado por haber sido éste inscrito con anterioridad, resultando impertinente emplear el artículo 1106 del Código Civil (sobre hipoteca de bienes futuros), ya que el inmueble hipotecado es uno solo; por lo que la demanda debe ser desestimada, debiendo continuar el proceso de ejecución de garantías. (Considerandos 9 al 14).

15. RECURSO DE CASACIÓN

Mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2006, la demandante plantea recurso de casación contra la sentencia de vista antes referida. Sustenta su recurso en las causales previstas en los incisos 1 y 2 del artículo 386 del Código Procesal Civil, esto es, (i) la aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, y (ii) la inaplicación de una norma de derecho material⁹. Respecto a la primera causal señala la demandante que la Sala Civil ha aplicado indebidamente los artículos 887 y 889 del Código Civil¹⁰, pues su persona no reclama el inmueble hipotecado ni parte del mismo, sino específicamente el segundo y el tercer piso de dicho inmueble, al haber acreditado ser la legítima propietaria de tales pisos, los que no están hipotecados y son independientes del principal. Que, asimismo, se ha aplicado indebidamente los artículos 958 y 1117 del Código Civil¹¹, pues si bien a la fecha de la hipoteca el inmueble no se encontraba bajo el régimen de propiedad horizontal, ello no significa que se quiera desconocer su derecho de propiedad demostrado en autos; y en cuanto al citado artículo 1117, su persona no ha adquirido el bien hipotecado sino los aires de dicho bien. Que, de igual forma, se ha aplicado

⁸ Artículo 2022 del Código Civil: "Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone...".

⁹ Ello conforme al texto entonces vigente del artículo mencionado, pues como se sabe, dicho artículo fue después modificado por la Ley N.º 29364, publicada el 28/05/2009.

¹⁰ Que se refieren a las partes integrantes y accesorias de un bien, y a la vinculación entre dichas partes y el bien, respectivamente.

¹¹ Concernientes al régimen de propiedad horizontal, y a la facultad del acreedor de exigir el pago al tercer adquirente del bien hipotecado usando la acción real, respectivamente.

indebidamente el art. 2022 del mismo Código¹², pues no está reclamando el mismo inmueble hipotecado, sino el segundo y el tercer piso que son de su propiedad.

Refiere, asimismo, que tal Sala Civil ha interpretado erróneamente los artículos 1100, 1101 y 1102 del Código Civil¹³, pues el bien plenamente determinado como materia de hipoteca es el primer piso del inmueble sub litis, no así el segundo y el tercer piso de dicho inmueble que son de su exclusiva propiedad; no está reclamando ninguna parte integrante ni accesorio del bien hipotecado, sino solo su derecho de propiedad del segundo y el tercer piso de tal inmueble; y no está tratando de dividir la hipoteca, ya que de la escritura pública de hipoteca se aprecia que sólo se ha hipotecado el primer piso del inmueble sub litis, y ni siquiera se ha hipotecado los aires del mismo.

En cuanto a la causal de inaplicación de una norma de derecho material, aduce la demandante que la Sala Civil no ha aplicado los artículos 923, 1100 y 1106 del Código Civil¹⁴, pues su derecho de propiedad sobre el segundo y el tercer piso del inmueble sub litis está acreditado e inscrito en los registros públicos, por lo que está amparado por el artículo 923 del Código Civil y por el artículo 70 de la Constitución. Que el bien determinado como materia de hipoteca es el primer piso del inmueble sub litis, mas no así el segundo y el tercer piso de dicho inmueble que son de su propiedad. Y que pretender hipotecar el segundo y el tercer piso de su propiedad constituye una hipoteca de bienes futuros, lo cual está prohibido por la ley. Por todo lo cual, concluye la demandante, la demanda debe ser amparada.

16. CONCESIÓN DE LA CASACIÓN

Mediante resolución nro. 26, de fecha 05 de diciembre de 2006, la Primera Sala Civil de la Corte Superior del Santa concede el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de vista antes referida, disponiendo que se remita el expediente a la Sala Civil pertinente de la Corte Suprema de Justicia, lo cual se hizo mediante el oficio respectivo. Por resolución de fecha 05 de junio de 2007, la Sala

¹² Relativo a la oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles inscritos.

¹³ Que tienen que ver con la determinación del inmueble hipotecado, con la extensión de la hipoteca, y con el carácter indivisible de la hipoteca, respectivamente.

¹⁴ Que se refieren a la definición del derecho de propiedad, a la determinación del inmueble hipotecado, y a la prohibición de hipotecar bienes futuros, respectivamente.

Civil Transitoria de la Corte Suprema declara procedente el recurso de casación por las causales de aplicación indebida e interpretación errónea de normas de derecho material, e inaplicación de normas de derecho material, establecidas por el artículo 386, incisos 1 y 2, del Código Procesal Civil.

17. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Mediante resolución de fecha **10 de septiembre de 2007**, en la Casación N.º 370-2007-SANTA, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de justicia emite sentencia declarando **infundado** el recurso de casación interpuesto por la actora y, por lo tanto, **no casó** la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa. Y condena a la actora al pago de una multa de una (01) Unidad de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos originados en el trámite de la casación. He aquí los fundamentos de la referida Sala Civil Suprema:

a) Que conforme a la doctrina nacional y a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, los caracteres jurídicos de la hipoteca son: i) es un derecho real sobre un bien determinado; ii) es un derecho accesorio, pues se constituye en seguridad del cumplimiento de una obligación; y, iii) es indivisible, puesto que recae sobre todo el bien hipotecado, y si este bien se divide, todas y cada una de sus partes continúan gravadas en garantía del pago de la obligación; tal como lo establecen los artículos 1100, 1101 y 1102 del Código Civil.

b) Que en cuanto a la extensión de la hipoteca, que es conocida en la doctrina como “hipoteca accesorio”, y que es considerada por la demandante como hipoteca de bienes futuros, debe tenerse en cuenta que el art. 954 del Código Civil prescribe que **la propiedad predial se extiende al suelo, al subsuelo y al sobresuelo**; en tanto que el art. 887 del mismo Código señala que **“es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares”** (resaltado nuestro). En la misma línea, el artículo 889 del citado Código prevé que **“las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permitan su diferenciación o separación”** (resaltado nuestro). Que la interpretación sistemática de dichos preceptos jurídicos, conducen a la conclusión de que por el principio de

adhesión o incorporación de un bien en otro, las construcciones que estén permanentemente unidas al suelo tienen la calidad de bienes inmuebles, y como tal constituyen con el terreno una sola unidad inmobiliaria indesligable entre sí, que en derecho se conoce como parte integrante, toda vez que es materialmente imposible separar las edificaciones del suelo sin destruir o alterar el bien.

c) Que respecto a que si la hipoteca del suelo puede extenderse también a las construcciones realizadas con posterioridad a la celebración de la hipoteca, se debe indicar que el artículo 1101 del Código Civil, en armonía con las normas antes citadas, establece que ***la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado y a sus accesorios, salvo pacto distinto***. Por consiguiente, es claro que “por ficción jurídica” la hipoteca legalmente constituida sobre un predio extiende sus efectos a las construcciones que hayan sido introducidas con posterioridad a la constitución de la hipoteca, **salvo que las partes hayan pactado expresamente la no extensión**. Que en ese sentido, el jurista Jack Bigio Chrem señala que: “... es indiferente que tales construcciones hayan sido realizadas con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, igualmente es irrelevante que las mismas sean efectuadas por el hipotecante o por un tercero adquiriente, en todo caso el inmueble gravado y todo lo que le corresponde por accesión se encuentra afecto a la hipoteca”¹⁵. Que, en suma, queda claro que la hipoteca constituida sobre el inmueble sub litis se extiende también a las construcciones posteriores (segundo y tercer piso); por lo que la Sala Civil Superior ha aplicado correctamente los artículos 887 y 889 del Código Civil, e interpretado adecuadamente los artículos 1100, 1101 y 1102 del mismo Código.

d) Que, por otro lado, el régimen de propiedad horizontal regulado por el artículo 958 del Código Civil, el mismo que remite a la Ley N.º 27157, se refiere a inmuebles que pese a estar conformados por pisos o áreas que constituyen partes integrantes de una edificación, gozan de independencia jurídica y están sujetos a dominio particular y a dominio común. Empero, en el presente caso, dicho régimen queda descartado, pues la controversia no versa sobre inmuebles sujetos a la citada Ley 27157; por lo que el art. 958 del Código Civil ha sido correctamente aplicado.

¹⁵ BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil*. Cultural Cuzco, Lima, 1998, pág. 44.

e) Que en el caso de autos, el derecho real de garantía hipotecaria constituido a favor del Banco Wiese Sudameris fue inscrito con anterioridad al derecho real de la demandante sobre los aires del inmueble hipotecado; por lo que, siendo ello así, el art. 2022 del Código Civil ha sido debidamente aplicado por el colegiado superior.

f) Que en cuanto a la inaplicación de los artículos 923 del Código Civil y 70 de la Constitución, al haberse establecido que la garantía hipotecaria alcanza también a las construcciones posteriores, y que dicho derecho real de garantía a favor de la entidad financiera fue inscrito con anterioridad al derecho de la recurrente, dichas normas resultan impertinentes a la cuestión fáctica de autos. Que los artículos 1100 y 1106 del Código Civil sí han sido aplicados por la Sala Civil Superior, al establecer que el inmueble sub litis es uno solo, es decir, con las construcciones del segundo y tercer piso. Que, por lo expuesto, al no configurarse las causales previstas en los incisos 1) y 2) del artículo 386 del Código Procesal Civil, el recurso de casación interpuesto por la demandante debe ser desestimado.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

I. LA TERCERÍA DE PROPIEDAD

1. CONCEPTO

Nuestro Código Procesal Civil regula en su quinta sección, título II, subcapítulo 5, dos clases de tercería: la tercería de propiedad y la tercería preferente de pago. Según Marianella Ledesma, la tercería de propiedad «es un mecanismo de oposición a la ejecución por parte de un tercero, porque este tercero acredita tener el derecho de propiedad de los bienes que han sido afectados por medida cautelar o para la ejecución...»¹. Lama More, por su parte, dice: «históricamente la tercería excluyente de propiedad ha sido un medio de defensa del tercero cuyos bienes han sido objeto de medidas de embargo o de secuestro dictadas por un juez en un proceso donde dicha persona no es parte. Si el juez advierte que el bien afectado con medida cautelar no es del deudor demandado corresponde se disponga la inmediata desafectación»².

Por nuestra parte, podemos afirmar que la tercería de propiedad es una acción judicial mediante la cual un tercero ajeno a un proceso donde se va a rematar un bien afectado con una medida cautelar (generalmente de embargo) o con una garantía real (generalmente de hipoteca), se opone a dicho remate por ser el bien a rematar de su propiedad y no del deudor demandado, es decir, por haber recaído la medida cautelar o la garantía real sobre un bien que no corresponde al deudor demandado, sino a aquel tercero quien no tiene ninguna obligación con el acreedor ejecutante y que por ello no tiene por qué responder con sus bienes por una deuda que no es suya. Así, la tercería de propiedad tiene por objeto que se levante la medida cautelar o que se impida la ejecución de la garantía real, liberándose el bien de la ejecución pretendida.

Como se puede apreciar, la tercería de propiedad constituye un medio de defensa del derecho de propiedad, pues se funda, precisamente, en dicho derecho. En este sentido, el artículo 533 del Código Procesal Civil establece: «La tercería se entiende

¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo II. 2da. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 222.

² LAMA MORE, Héctor. "Análisis del nuevo texto del artículo 533° del Código Procesal Civil y la tercería de propiedad contra hipotecas". *Revista Oficial del Poder Judicial*, año 3, número 5, Lima, 2009, p.132.

con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución (...) Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación» (el subrayado es nuestro).

El concepto de tercería de propiedad antes esbozado armoniza con lo establecido por el artículo 533 del Código Procesal Civil que acabamos de citar, en el sentido de que la tercería de propiedad también procede contra una garantía real, es decir, cuando el bien a rematar ha sido afectado con una garantía real, como p. ej. una hipoteca. Sin embargo, antes de junio de 2008, dicha situación no era clara, habida cuenta de que el citado artículo 533 del Código Procesal Civil se limitaba a decir que la tercería de propiedad solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados **por medida cautelar o para la ejecución**, lo que generó gran controversia en la doctrina y en la jurisprudencia, pues mientras un sector afirmaba que la tercería de dominio sí procedía contra garantías reales como la hipoteca, otro sector señalaba lo contrario³. Es por ello que mediante el Decreto Legislativo N.º 1069, publicado el 28 de junio de 2008, el art. 533 del Código Procesal Civil fue modificado, dejando claro su nuevo texto no solo que la tercería de propiedad sí procede frente a una garantía real, sino también cuándo o en qué caso procede frente a una garantía real. Esto último es importante porque en el caso materia de sustentación el proceso de tercería de propiedad se resolvió antes de la citada modificación del artículo 533 del Código Procesal Civil.

2. SU TRATAMIENTO PROCESAL

2.1. Vía procedimental y juez competente

Conforme lo establece el artículo 486, inciso 5, del Código Procesal Civil, el proceso de tercería de propiedad se tramita en la vía procedimental del proceso abreviado. En cuanto al juez competente, dado el carácter incidental o accesorio de la pretensión de tercería de propiedad, pues se origina a raíz de un proceso principal como es aquel en donde se busca rematar el bien afectado con una medida cautelar o con una garantía real, que normalmente es un proceso ejecutivo o de ejecución de

³ Véase al respecto, LAMA MORE, Héctor. *Op.cit.*

garantía, el juez competente para conocer la demanda de tercería de propiedad es el mismo juez civil de dicho proceso principal. Ello acorde con lo establecido por el artículo 534, última parte, y 488 del Código Procesal Civil. Como indica Eugenia Ariano: «La lógica nos dice que si la tercería tiene por objeto evitar que se lleve adelante una ejecución con un bien que no tiene por qué responder por determinada deuda, el tercero debe hacer valer sus razones ante el juez que está llevando o llevará adelante la ejecución»⁴.

2.2. Oportunidad de la demanda

La oportunidad para interponer la demanda de tercería de propiedad es, tal como lo establece el artículo 534 del Código Procesal Civil, “*cualquier momento antes que se inicie el remate del bien*”. La norma no es del todo clara, pues no se sabe si se refiere al acto formal de remate que se inicia a la hora señalada por el juez con la lectura de la relación de bienes y condiciones del remate (artículo 737 del Código Procesal Civil), en cuyo caso la tercería solo podría interponerse hasta antes de dicho acto; o al remate propiamente tal, entendido como la transferencia de la propiedad o adjudicación efectiva del bien al postor adjudicatario, en cuyo caso la demanda podrá presentarse mientras no se realice dicha transferencia o adjudicación. El sentido común nos indica que esta segunda opción es la más adecuada y justa, puesto que existe la posibilidad de que el acto formal de remate ya iniciado se vea frustrado por falta de algún postor, teniendo por ello que realizarse una segunda convocatoria a remate, lo cual sucede a menudo en la praxis judicial. En esta circunstancia, es decir, mientras no se consume el remate efectivo del bien, es razonable que se pueda formular la tercería de propiedad; es así como debe interpretarse el citado artículo 534 del Código adjetivo. Por ventura, la jurisprudencia se ha decantado por esta justa solución, al sostener que “*mientras se frustre el remate y se tenga que convocar a un nuevo acto de remate, subsistirá la oportunidad de accionar la tercería*”⁵.

2.3. Requisitos especiales de admisibilidad

Aparte de los requisitos de admisibilidad comunes a todas las demandas, que son básicamente los previstos en los artículos 130, 424 y 425 del Código Procesal Civil,

⁴ ARIANO DEHO, Eugenia. “Las tercerías de propiedad en el CPC de 1993: sus problemas y sus atajos”. *Diálogo con la Jurisprudencia. Cuadernos Jurisprudenciales*, nro. 39, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 89.

⁵ Casación N.º 3244-2001-JAEN. *El Peruano*, 02-05-2002, p. 8761.

el artículo 535 del mismo Código exige como requisitos especiales de admisibilidad de la demanda de tercería de propiedad: acreditar el derecho de propiedad del bien objeto de remate con documento público o privado de fecha cierta; o en su defecto, dar garantía suficiente para responder por los eventuales daños que se pueda causar con la tercería. Como se observa, el primer requisito tiene que ver directamente con el fondo del proceso, pero aquí solo se trata de un requisito de admisibilidad de la demanda y no de procedibilidad ni de fundabilidad. Por ende, a la luz de dicha norma el juez no está facultado para valorar el documento público o privado de fecha cierta al calificar la demanda o al sanear el proceso y, en base a ello, declarar improcedente la demanda. Como dice Marianella Ledesma: «En efecto, este artículo establece los requisitos para que la demanda sea admitida a trámite y no para que el juez resuelva sobre el fondo, situación que realizará luego de llevar a cabo las audiencias y la adecuada valoración de la prueba. Así, el documento público y el privado de fecha cierta no permite al juzgador prejuzgar lo que debe ser materia de debate y mucho menos se convierten en criterios de preferencia, pues la norma se limita a señalar los requisitos que debe observar toda demanda de tercería para ser admitida...»⁶.

El segundo requisito especial de admisibilidad establecido por la citada norma es excepcional respecto del primero, pues es solo en defecto del documento público o privado de fecha cierta que el demandante puede presentar una garantía suficiente a criterio del juez para responder por los posibles daños que pudiera irrogarse con la tercería. La norma no indica qué clase de garantía se ha de otorgar, por lo que debe entenderse que se puede ofrecer una garantía real, como la prenda o la hipoteca, o una garantía personal, como la fianza. Pero la finalidad del requisito en mención es a las claras proteger al acreedor ejecutante de los probables daños económicos que se le pudiera causar con la admisión de una demanda de tercería antojadiza.

2.4. Efectos de su admisión

Según el art. 536 del Código Procesal Civil, «admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes, salvo que estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente

⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Op. cit.*, pp. 238-239.

onerosa. En estos casos, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería. El tercerista puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del Juez, en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad» (subrayado nuestro).

Como se puede advertir, el auto que admite a trámite la demanda de tercería de propiedad trae como efecto inexorable la suspensión del proceso principal donde se va a rematar el bien sujeto a medida cautelar o a garantía real, hasta que se resuelva en definitiva el proceso de tercería incoado. La suspensión del proceso principal conlleva, obviamente, la suspensión del remate ordenado en tal proceso. Pero dicha suspensión se dará, como la norma lo indica, solo si el proceso principal estuviera en la etapa de ejecución, es decir, si ya se emitió la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución, aunque la misma haya quedado consentida o ejecutoriada, o sea, firme. Pero si el bien objeto de remate está expuesto a deterioro, corrupción o desaparición, o si su conservación resulta excesivamente costosa, no se ordenará la suspensión del remate dispuesto en el proceso principal, pero el producto de dicho remate quedará afectado al resultado de la tercería, de modo que si el tercerista gana el juicio se le tendrá que entregar dicho producto. Así lo dispone el artículo bajo comentario.

2.5. Sanciones contra su uso indebido o ilícito

Por último, el art. 538 del Código Procesal Civil contiene una norma importante destinada a impedir la interposición indebida de tercerías de propiedad, estableciendo una serie de sanciones contra ello. En efecto, si el tercerista interpone la demanda de tercería de propiedad en connivencia con el deudor demandado del proceso donde se va a rematar el bien, o sea, para impedir que el acreedor demandante de tal proceso pueda cobrar su crédito (simulando, tal vez, una venta del bien a rematar a favor del tercerista), la norma en mención sanciona dicha ilícita conducta imponiendo a ambos y a sus respectivos abogados, en forma solidaria, una multa no menor de 05 ni mayor de 20 Unidades de Referencia Procesal, además de la indemnización de daños a que hubiere lugar y del pago de las costas y costos del proceso. Pero además, el juez ha de remitir al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes a fin de que se haga la denuncia penal respectiva. Naturalmente, para que dichas necesarias sanciones se hagan efectivas, la parte perjudicada, esto es, el acreedor ejecutante,

tendrá que acreditar la referida connivencia. La norma en comento finaliza señalando con justicia que las mismas sanciones antes indicadas se impondrán también a quien, de manera maliciosa, haya solicitado y ejecutado la medida cautelar con que se gravó el bien del tercerista, es decir, al acreedor ejecutante.

II. TRANSFERENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

1. INTRODUCCIÓN

La propiedad, como se sabe, es el derecho real por excelencia, pues contiene todos los atributos jurídicos que se pueden ejercer sobre un bien determinado. De ahí que el artículo 923 del Código Civil defina a la propiedad como «el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien». Este importante derecho se adquiere de diversas formas, según nuestro Código Civil, como p. ej. mediante la apropiación, la accesión o la prescripción adquisitiva de dominio (arts. 929, 938 y 950). Pero la forma más conocida y empleada es, sin lugar a dudas, *transferencia* de la propiedad (arts. 947 y 949 del Código Civil). Así, la *transferencia* no es sino una de las formas –la más común– de adquirir el derecho de propiedad de un bien mueble o inmueble. A su vez, la forma más común de *transferir* la propiedad es, sin duda, el contrato de compra venta (otras formas son la donación, el testamento, etc.).

Empero, ¿cuándo se produce exactamente la transferencia de la propiedad de un bien por compraventa en nuestro país?, es decir, ¿desde qué momento una persona se convierte en propietaria de un bien vía compraventa?; ¿será desde el momento en que se celebra tal contrato?, ¿desde que se entrega el bien y se paga el precio?, o, ¿desde que se inscribe la transferencia en los Registros Públicos? Antes de contestar dichas importantes preguntas, veamos cuáles son los principales sistemas de transmisión de la propiedad existentes en el Derecho comparado.

2. SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD

2.1. Sistema romano o “del título y el modo”

Este sistema, como su nombre lo indica, tiene su origen en el antiguo Derecho romano. Acorde a tal sistema, el contrato de compraventa por sí mismo no produce la transferencia de la propiedad del bien a favor del comprador, sino que es necesario un acto material posterior como la *traditio* o tradición, es decir, la entrega física del

bien al comprador, para que ocurriera dicha transferencia. Es más, la compraventa ni siquiera generaba la obligación de transferir la propiedad del bien por parte del vendedor a favor del comprador, sino que solo engendraba la obligación de poner y mantener al comprador en posesión pacífica del bien. No bastaba, pues, el “título”, es decir, el contrato de compraventa, sino que se requería también de un “modo”, cual era la tradición, para que operase la transmisión de la propiedad y, por lo tanto, el comprador deviniera en propietario del bien; de aquí la denominación de *sistema del título y el modo*. Como vemos, en el sistema romano el contrato de compraventa, una vez perfeccionado, producía únicamente efectos obligacionales, mas no reales; vale decir, no hacía al comprador propietario del bien, sino que solo lo hacía acreedor de la entrega del bien, y al vendedor, deudor de dicha prestación. Es recién con la tradición física del bien, en ejecución del contrato, que el comprador se convertía en propietario de la cosa. Antes de ella, como indica la doctrina, el vendedor no era un *enajenante* ni el comprador un *adquirente*; este último solo tenía un *ius ad rem* (derecho a la cosa), mas no un *ius in re* (derecho en o sobre la cosa).

Al respecto, señala Mourlon que en el derecho romano la venta concluida no desplazaba la propiedad. Dicha transferencia operaba por consecuencia de ciertos hechos posteriores a la venta, **la tradición de la cosa vendida** y el pago del precio. De esta manera, la transferencia de la propiedad no se producía con la creación de las obligaciones; ella resultaba de su pago o ejecución. Se era vendedor, antes de ser enajenante; comprador, antes de ser adquirente. El vendedor estaba obligado **a entregar la cosa vendida**, y esta obligación no era otra que la de **procurar al comprador una posesión perpetua del bien vendido, pero no estaba obligado a hacer al comprador propietario del bien**⁷. Baudry-Lacantinerie, por su parte, sostiene que en el derecho romano el vendedor no contrata la obligación de hacer al comprador propietario; él se obliga solamente a hacerle tener la cosa vendida, a procurarle la pacífica posesión a título de propietario. En Roma –dice dicho autor– los contratos no transferían nunca la propiedad; el materialismo romano no admitía que la transferencia de la propiedad resultase de una simple concepción jurídica; un acto material era necesario. Este acto se le encuentra, entre otros, en la traditio

⁷ MOURLON, Frédéric. Citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Vol. XVI, Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, biblioteca Para Leer el Código Civil, 1994, pp. 369-371.

usucapión⁸. Y los profesores Díez-Picazo y Gullón explican: «La llamada teoría del título y el modo (...) nace de una interpretación causalista de la *traditio* romana. La *traditio* por sí sola no sirve para transmitir el dominio, si no va precedida de un negocio jurídico antecedente, que justifica la transmisión. Es necesaria, pues, la yuxtaposición de dos elementos que dan lugar a un supuesto complejo de formación sucesiva: el contrato antecedente, al que llamamos causa remota, *iusta causa o titulus*; y el traspaso posesorio, que será la causa próxima o el modo de adquirir. La conjunción de ambos elementos determina la transmisión. Si únicamente ha existido *titulus* o *iusta causa*, habrá una simple relación con puro valor obligacional; si únicamente ha existido *traditio* no fundada en *titulus*, habrá traspaso posesorio, pero no verdadera transmisión de la propiedad»⁹. El sistema romano se aplicaba tanto para bienes muebles como inmuebles.

2.2. Sistema consensual o espiritual

Este sistema proviene del Derecho francés, más concretamente del gran Código Civil francés de 1804, conocido como *Code Napoléon* o Código de Napoleón, aún vigente en Francia. Es el sistema más conocido y divulgado, sino el más importante, toda vez que constituye una verdadera innovación (y para muchos una superación) respecto del sistema romano. Ejerció una gran influencia en la mayoría de países de Derecho romano-germánico, especialmente en Latinoamérica, por la repercusión que tuvo el Código de Napoleón. Conforme a dicho sistema, y a diferencia del modelo romano antes visto, el contrato de compraventa por sí mismo o, lo que es igual, el solo consenso entre las partes es suficiente para producir la transferencia del bien a favor del comprador, sin que sea necesario ningún acto posterior como la tradición o entrega material del bien al comprador, ni el pago del precio al vendedor. Aquí la compraventa sí genera la obligación de transferir la propiedad del bien por parte del vendedor al comprador, **y esta sola obligación es la que opera automáticamente la transmisión de la propiedad.**

En el sistema francés, pues, la transferencia del derecho de propiedad se produce por efecto inmediato de la obligación creada por el contrato. No es necesario esperar la ejecución de la obligación con la entrega física del bien y el pago del precio, para

⁸ BAUDRY-LACANTINERIE, G. Citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, p. 371.

⁹ Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III. 7ma. ed. Madrid: Tecnos, 2001, pp. 60-61.

que opere la traslación de la propiedad a favor del comprador. Se considera ejecutada la obligación instantánea y simultáneamente con su nacimiento, mediante una suerte de tradición ficticia del bien al comprador (de aquí el nombre de sistema espiritual). El vendedor y el comprador no solo son deudor y acreedor, sino también enajenante y adquirente, respectivamente; este último tiene un *jus in re*. Como se aprecia, en el sistema consensual no se requiere de ningún “modo” específico, como en el modelo romano *del título y el modo*, para que se lleve a cabo la transferencia y adquisición del derecho de propiedad; basta con el “título”, que es el contrato de compraventa.

El Código Napoleón consagra el sistema consensual en sus artículos 711, el cual prescribe: “La propiedad de los bienes se adquiere y se transmite (...) **por efecto de las obligaciones**” (resaltado nuestro); artículo 1138, según el cual: “**La obligación** de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes. **Ella hace al acreedor propietario** y pone la cosa a su riesgo desde el instante en que debe serle entregada, aun cuando la tradición no se haya realizado...” (resaltado nuestro); artículo 1582, que señala: “La compraventa es una convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa; y el otro a pagarla...”; artículo 1583: “Es perfecta entre las partes [la compraventa], y la propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador, con respecto al vendedor, desde el instante en que se conviene sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada todavía ni pagado el precio” (el subrayado es nuestro).

Portalís, ilustre miembro de la Comisión que elaboró el Código de Napoleón de 1804, y autor de la Exposición de Motivos de la parte relativa a la compraventa, decía:

«... en materia de venta, como en toda otra materia, es el consentimiento, es la fe lo que hace el contrato; consecuentemente existe una verdadera venta desde el momento en el cual las partes están de acuerdo sobre la cosa y sobre el precio. Se decide, en el proyecto de ley, que la venta en general se perfecciona aunque la cosa vendida no haya sido todavía entregada, y el precio no haya sido todavía pagado. En las primeras épocas, era necesaria tradición y ocupación corporal para consumir una transferencia de propiedad (...) En los principios de nuestro derecho francés, el contrato bastaba, y sus

principios eran a la vez más conformes a la razón y más favorable a la sociedad (...) En la venta, la entrega de la cosa vendida y el pago del precio son actos que vienen en ejecución del contrato, son una consecuencia necesaria del mismo, que derivan de él como el efecto deriva de su causa, pero no deben ser confundidos con el contrato. La obligación está consumada desde que la fe está dada (...) Por la sola expresión de nuestra voluntad adquirimos para nosotros mismos y transferimos a otros todas las cosas que pueden ser objeto de nuestras convenciones. Se opera por el contrato una suerte de tradición civil que consuma la transferencia del derecho, y que nos da acción para obligar la tradición real de la cosa y el pago del precio...»¹⁰.

Colin y Capitant sostienen que “la compraventa es, por sí misma, traslativa de propiedad”, conforme a los artículos 1138 y 1583 del Code Napoléon¹¹. Por su parte, Díez-Picazo y Gullón señalan que la transmisión consensual del dominio, “tiene su fuente en la progresiva espiritualización que el requisito de la *traditio* fue paulatina y gradualmente experimentando. Al lado de la *traditio* real, se admitieron muy pronto formas de tradición simbólica y aun de tradición ficticia –*traditio brevi manu*, *constitutum possessorium*, etc.–, de tal manera que se puede decir que la *traditio* conservaba su valor **pero en la práctica era la voluntad de las partes lo que determinaba la transmisión**. La escuela del Derecho natural racionalista (GROCIO, PUFENDORF) elevó el resultado práctico a la categoría de dogma, **sentando que la voluntad de las partes por medio del contrato es suficiente para producir el efecto de la transmisión de la propiedad**”¹². A su turno, Bonnecase sostiene: “A diferencia del Derecho romano clásico, en el cual era necesario que se superpusiera un modo de adquirir al contrato, para operar la transmisión de propiedad, ésta se efectúa, en el Derecho francés, por el solo efecto de la convención. Los artículos 711 y 1138 consagran este principio...”¹³.

¹⁰ PORTALIS. En: “Recueil Complet des Discours prononcés lors de la presentation du Code Civil par les divers orateurs du Conseil d’Etat et du Tribunal, et discussion particuliere de ces deux corps avant la redaction definitive de chaque projet de loi”. Firmin Didot Freres, Fils et Cie., Libraires, Imprimeurs de L’Institut de France. Paris, 1867, tomo I, pp. 590-591. Citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, p. 366-367.

¹¹ COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Citados por OSTERLING PARODI, Felipe y... *Op. cit.*, p. 390.

¹² Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, p. 61.

¹³ BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo I. Traducido por José María Cajica Jr. Puebla-México: Editorial José María Cajica, Jr., 1945, p. 655.

Y Manuel Augusto Olaechea, insigne jurista peruano ya desaparecido, ponente del libro V del abrogado Código Civil de 1936, sobre Derecho de Obligaciones, señala:

“Según el Código francés, la propiedad de los inmuebles se transmite como efecto inmediato de la convención. Conforme a este sistema, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto es un hecho que no tiene la virtud de transferir el dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere sin solución de continuidad. Se considera perfecta y ejecutada en el mismo momento de su formación. El consentimiento, decía Bigot-Préameneu, perfecciona por sí solo la obligación de entregar la cosa y no hay necesidad de tradición real para que el acreedor sea considerado propietario de ella. Por el contrato, afirmaba Portalis, se opera una especie de tradición civil... El Código Napoleón presume que existe, por decirlo así, una tradición de derecho implícita, y a consecuencia de sistema tan espiritualista, la convención pone los riesgos de la cosa a cargo del acreedor convertido en propietario por el solo consentimiento”¹⁴.

2.3. Sistema del “acuerdo abstracto de transmisión”

Este sistema es obra del Derecho alemán y es, tal vez, el sistema de transferencia más alabado por la seguridad jurídica que otorga a las transferencias de propiedad, al dotarlas de publicidad frente a los terceros y a la comunidad en su conjunto. En el sistema alemán, la transferencia de la propiedad no se produce por el contrato de compraventa, sino por un simple acuerdo de las partes de realizar la transferencia de la propiedad (llamado *acuerdo abstracto de traslación de dominio*), más la entrega física del bien, tratándose de muebles; o más la inscripción registral, tratándose de bienes inmuebles. El acuerdo abstracto de transmisión y la entrega del bien (en el caso de los muebles) o la inscripción en el Registro (en el caso de los inmuebles), son los presupuestos para la transmisión del derecho de propiedad en el sistema alemán;

¹⁴ OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. *Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil*. Citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, pp. 412-413.

tanto la entrega del bien (caso de los muebles) cuanto la inscripción en el Registro (caso de los inmuebles), son **hechos constitutivos del derecho de propiedad**.

Diez-Picazo y Gullón, por su parte, sostienen: «La transmisión y adquisición se fundan en un acuerdo abstracto. El acuerdo es abstracto no porque no vaya precedido de una causa última de naturaleza obligacional. Las cosas se transmiten porque se venden o porque se regalan o porque se pagan las deudas con ellas. Pero el contrato es abstracto porque este previo negocio obligatorio no desempeña ningún papel en el fenómeno de transmisión y adquisición. Este sistema (...) ha sido consagrado por el Código civil alemán. En él, los bienes muebles se transmiten mediante la entrega de la cosa acompañada de un acuerdo abstracto, y los bienes inmuebles mediante un acuerdo abstracto unido a la inscripción en el Registro de la Propiedad»¹⁵. En igual sentido, María del Pilar Pérez, afirma:

«... La transmisión se produce a través del contrato real abstracto basado en el acuerdo de las partes de transmitir y adquirir la propiedad, aunque fundado en la entrega para los muebles y en la inscripción del Registro para inmuebles como requisitos que tratan de asegurar la publicidad. En este sistema, si el negocio causal [el contrato de compraventa] es nulo o inexistente, la transmisión del dominio se produce igual y el transmitente únicamente tendrá a su favor la *condictio sine causa* (...) El creador del contrato real abstracto se considera que fue SAVIGNY (...) La autoridad de SAVIGNY y su formulación de la teoría en la época en que se preparaba el Código civil alemán, hizo que la Comisión la recogiese en el BGB, que, tanto para la transmisión de la propiedad de los muebles como de los inmuebles se basa en el acuerdo abstracto de transmisión (*Einigung*), complementado con la tradición (*Übereinung*) para los bienes muebles (§ 929) y con la inscripción en el Registro para los inmuebles (§ 873)»¹⁶.

Hablando de la diferencia entre el *negocio jurídico obligacional* (el contrato de compraventa, por ejemplo) y el *negocio jurídico de disposición* (transferencia de propiedad, por ejemplo) en la doctrina alemana, Emil Sirgado señala que el negocio

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, p. 61.

¹⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar. *La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo* [en línea]. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4476/29871_L1.pdf

jurídico de disposición requiere de ciertos elementos típicos. Así, en la transferencia de la propiedad de bienes muebles (artículo 929 del BGB) se requiere (i) el acuerdo abstracto de traslación y (ii) la entrega o tradición del bien al adquirente. Mientras que en la transmisión de la propiedad de inmuebles, el BGB exige (i) el acuerdo abstracto de traslación y (ii) la inscripción de dicho acuerdo en el Registro de la propiedad, **con carácter constitutivo** (arts. 873 y 925 del BGB)¹⁷. Sobre el principio de abstracción, indica dicho autor, que tal principio establece que el negocio jurídico obligacional (compraventa) y el negocio de disposición (transmisión de propiedad) son independientes en cuanto a su eficacia; es decir, que la validez de la compraventa (negocio obligacional) no tiene nada que ver con la validez de la transferencia de la propiedad (negocio de disposición)¹⁸.

3. SISTEMA VIGENTE EN EL PERÚ

Luego de haber analizado someramente los sistemas clásicos de transferencia del derecho de propiedad, veamos ahora qué sistema es el que ha adoptado nuestro país. Al respecto, el art. 1529 del Código Civil establece: «Por la compraventa el vendedor se **obliga a transferir la propiedad de un bien** al comprador y éste a pagar su precio en dinero» (el resaltado es nuestro). Mientras que el artículo 949 del mismo Código prescribe que «**la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él**, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario» (resaltado nuestro). Como se aprecia, nuestro Código Civil establece en su artículo 1529, que el contrato de compraventa genera la obligación del vendedor de transferir la propiedad de un bien (mueble o inmueble) al comprador. Mientras que en su art. 949, señala que esa sola obligación de transferir o enajenar la propiedad de un bien inmueble, generada por el contrato de compraventa, es lo que convierte al comprador en propietario de dicho bien; salvo pacto o norma legal en contrario. Así, pues, tratándose de bienes inmuebles nuestro Derecho adopta el **sistema consensual o espiritual** de transferencia de la propiedad. Esto significa que en nuestro país la transferencia de la propiedad inmueble se produce por el solo contrato o consenso de

¹⁷ Cfr. SIRGADO DÍAZ, Emil. "El negocio jurídico, la abstracción y el Derecho civil alemán". *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* [en línea], Santiago, número 06, diciembre 2014, pp. 49-68. Disponible en: <http://www.revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/viewFile/36001/37649> [consultado el 19-05-2017].

¹⁸ *Ibidem*.

las partes (*solus consensus obligat*), o, como dice nuestro Código Civil, por la sola obligación de enajenar el bien, que es lo mismo.

En cuanto a los bienes muebles, el artículo 947 del Código Civil establece que «la transferencia de propiedad de una cosa **mueble** determinada se efectúa con la **tradición** a su acreedor, salvo disposición legal diferente» (énfasis nuestro). Es decir, que para la transferencia de un bien mueble no es suficiente el contrato de compraventa (título); se requiere además la tradición del bien a su acreedor (modo). Por lo tanto, tratándose de bienes muebles nuestro Derecho acoge el **sistema del título y el modo** de transmisión de la propiedad.

En ese orden de ideas, Aníbal Torres dice: «El Derecho civil peruano, en cuanto a la adquisición de la propiedad de los **bienes inmuebles** se mantiene fiel al **sistema francés**, desde el Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, pasando por los códigos civiles de 1852 y 1936, **hasta el vigente de 1984**. En cambio, en relación a los **muebles** sigue el **sistema romano del título y el modo** como mecanismo de transmisión de la propiedad»¹⁹ (resaltado nuestro). Felipe Osterling y Mario Castillo, por su parte, afirman: «Como se puede apreciar de la clara redacción de las normas transcritas, el Código peruano opta por el mismo sistema del Derecho francés (...) respecto de los bienes inmuebles...»²⁰. En la misma línea, Jack Bigio dice que «con arreglo al artículo 949 [del Código Civil] el solo intercambio de voluntades, “solus consensus”, perfecciona la transferencia de la propiedad inmobiliaria. De tal manera que para el nuevo régimen civil –entre las partes–, el contrato de compra-venta de un inmueble es al mismo tiempo el título de adquisición (...) y el modo de adquisición (...) Título y modo coinciden, pues, en términos generales»²¹.

De igual forma, el profesor Alfredo Bullard, refiriéndose al art. 949 del Código Civil, sostiene que «esta norma recoge la teoría francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente. En términos latos, la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato»²². Y

¹⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil*. Tomo II. 8va. ed. Lima: IDEMSA, 2016, p. 388.

²⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, p. 416.

²¹ BIGIO CHREM, Jack. “La compraventa y la transmisión de propiedad”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen I. 10 ma. ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 189.

²² BULLARD GONZALES, Alfredo. “Un mundo sin propiedad. Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble”. Citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, p. 433.

el eximio jurista Max Arias-Schreiber, en su famosa obra *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, explica que «del artículo 949 se deriva que, el solo acuerdo de voluntades, en el caso de los bienes inmuebles, basta para transmitir el dominio. En consecuencia, será suficiente, por ejemplo, que comprador y vendedor se pongan de acuerdo sobre el bien que es objeto del contrato y el precio que se ha de pagar por él, para que no solamente se produzca el efecto de haberse consumado el contrato y surgido un derecho al bien para el acreedor (*ius ad rem*), sino que simultáneamente éste adquiere la propiedad (*ius in re*)»²³.

Así, queda claro que en nuestro país rige el sistema consensual de transferencia de la propiedad, tratándose de los bienes inmuebles, conforme a los artículos 1529 y 949 del Código Civil. Lo cual significa que la transferencia del derecho de propiedad de un bien inmueble se produce con la sola obligación de enajenar o transferir el bien, o sea, desde el mismo momento de la celebración del contrato de compraventa que origina tal obligación. **Es desde ese momento que el comprador se convierte en propietario del bien inmueble**, sin que sea necesario para ello la entrega del bien y el pago del precio (que solo son actos de ejecución del contrato), ni que el contrato se celebre por escritura pública, ni que se inscriba en los Registros Públicos (que son actos facultativos). Lo que produce la transferencia de la propiedad inmueble es la sola obligación de enajenar o transferir el bien o, lo que es igual, el solo contrato o consenso entre las partes. Salvo pacto o norma legal en contrario, por supuesto, tal como lo señala el art. 949 en su parte *in fine*.

4. TRANSFERENCIA DE INMUEBLES FRENTE A TERCEROS: OPOSICIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE UN MISMO INMUEBLE

El sistema consensual de transferencia de la propiedad, vigente en nuestro país para los inmuebles, tiene la desventaja de no otorgar publicidad a las transferencias de inmuebles frente a terceros, pues como acabamos de ver, tal sistema no requiere de la *inscripción registral* para que se produzca la transferencia de un bien inmueble, bastando para ello la sola obligación de enajenar el bien. Lo cual genera inseguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, pues la falta de publicidad de las transferencias de inmuebles impide que los terceros y la sociedad conozcan quiénes son los actuales y

²³ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo IV. Con la colaboración de Cárdenas Quiros, Carlos, Arias Schreiber Montero, Ángela y Martínez Coco, Elvira. Lima: Librería Studium, 1991, pp. 286-288.

reales propietarios de uno u otro bien inmueble, corriendo estos así el grave riesgo de adquirir inmuebles ajenos, como a menudo ocurre en la realidad. También impide que el propietario de un inmueble pueda oponer eficazmente su derecho de propiedad frente a terceros que reclaman el mismo bien, es decir, no permite que el derecho de propiedad produzca sus efectos *erga omnes*, pues el derecho de propiedad se puede oponer eficazmente a los demás solo si tal derecho es conocido por todos a través de la oportuna inscripción registral. En otras palabras, no se puede oponer eficazmente a los demás un derecho de propiedad que nadie conoce; solo con la publicidad registral el derecho de propiedad produce plenamente sus efectos *erga omnes*.

Los casos más frecuentes que ocurren en nuestro país por la falta de publicidad registral de las transferencias de inmuebles son el de la venta sucesiva de un mismo inmueble a dos o más personas, y el de la venta y posterior hipoteca de un mismo inmueble. En el primer caso, “A” vende su inmueble a “B”; “B” no inscribe dicha venta en el Registro porque, como vimos, nuestra legislación no exige la inscripción registral para ser propietario; entonces “A” sigue siendo “formalmente” propietario de dicho inmueble y, en tal situación, lo vuelve a vender a “C”, quien diligentemente sí inscribe su derecho en el Registro. En el segundo caso, “X” vende su inmueble a “Y”; “Y” no inscribe su derecho en el Registro por la misma razón que “B” en el caso anterior; entonces “X” sigue siendo “formalmente” propietario de tal inmueble y, en tal circunstancia, lo hipoteca a “Z”, quien sí inscribe su derecho en el Registro. En ambos casos, como se puede apreciar, se ha producido un **conflicto u oposición de derechos reales sobre un mismo inmueble**, entre el comprador que no inscribió su derecho y el que sí lo hizo. ¿Quién será el vencedor en dicho conflicto de derechos reales?, es decir, ¿cuál de los derechos reales en pugna es el que debe prevalecer?

Frente a dicho problema que conlleva el sistema consensual de transmisión de la propiedad que nos rige, el propio Derecho francés, creador de dicho sistema, expidió la ley de fecha 23 de marzo de 1855, en cuyos artículos 1 y 3 se estableció que la transferencia de un inmueble no será oponible a los terceros que también tengan derechos reales sobre el mismo inmueble, si dicha transferencia no se transcribió en la Oficina de las Hipotecas (Registro de la Propiedad Inmueble). O sea, se estableció el requisito de la **inscripción registral** como mecanismo de publicidad frente a los

terceros, **a fin de poder oponer a estos con éxito una transferencia de propiedad.** Como señala Mourlon, «... desde la promulgación del Código de Napoleón de 1804 hasta el 01 de enero de 1856, la venta ha sido por sí misma, independientemente de la inscripción, traslativa de la propiedad; pero después del 01 de enero de 1856, la transferencia de propiedad que tal venta opera «no es oponible a terceros sino desde el día en el cual ella ha sido hecha pública por vía de la transcripción, según la ley del 23 de marzo de 1855»²⁴. Del mismo modo, Baudry-Lacantinerie señala que la compraventa de bienes inmuebles «no es oponible a terceros sino a partir de la inscripción en la Oficina de las Hipotecas»²⁵.

Pues bien, al igual que en el Derecho francés, en nuestro Derecho civil también se ha establecido que **para oponer a terceros la transferencia de la propiedad de un inmueble (o cualquier otro derecho real como la posesión, la hipoteca, etc.), dicha transferencia (o dicho derecho real) debe haberse inscrito oportunamente en el Registro de la Propiedad Inmueble**, tal como lo establece el artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1135 del mismo Código. En efecto, el art. 2022 del referido Código dispone: «Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone...» (subrayado nuestro). Mientras que el artículo 1135 del mismo Código prescribe: «Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito...». Así, pues, nuestro Código Civil resuelve el problema de la oposición o conflicto de derechos reales en general (propiedad, posesión, hipoteca, etc.), respecto de un mismo inmueble, mediante el requisito de la **inscripción registral**, vale decir, atendiendo a cuál de los derechos reales en pugna se inscribió primero. Prevalecerá o se preferirá el que se inscribió primero.

Debemos precisar que cuando uno o todos los derechos reales en conflicto son de propiedad, el requisito de la inscripción registral previsto por los artículos 2022 y 1135 del Código Civil, no es de ningún modo para que opere la transferencia del

²⁴ MOURLON, Frédéric. Citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, p. 403.

²⁵ BAUDRY-LACANTINERIE, G. Citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, p. 405.

derecho de propiedad inmueble a favor de las partes en conflicto²⁶, sino únicamente para oponer a terceros el derecho real de propiedad u otro derecho real ya transferido o adquirido, sobre un mismo inmueble. Es decir, solo es un requisito de oponibilidad o preferencia de un derecho real cualquiera sobre un inmueble, frente a terceros que también tienen derechos reales sobre el mismo bien; tal como se advierte claramente del tenor de dichos artículos. Como explican Felipe Osterling y Mario Castillo: «... a través de la ley de marzo de 1855, que creó en Francia el Registro de la Propiedad Inmueble, se estableció como requisito de oponibilidad frente a terceros, justamente el hecho de la inscripción. Este sistema respecto de las inscripciones de los inmuebles fue también asumido por el Perú, cuando, como bien señala el doctor Olaechea, en 1888 se dictó la ley sobre el Registro de la Propiedad Inmueble (...) De acuerdo con este sistema, sobre los inmuebles, la propiedad se transfiere por la sola obligación de enajenar el bien; mas para oponerla a terceras personas, es necesaria su transcripción en el mencionado Registro»²⁷(subrayado nuestro).

De manera que lo dispuesto por los artículos 2022 y 1135 del Código Civil no pone en cuestión la transferencia misma del derecho real de propiedad, *la cual se produce por el solo consenso de las partes*. Lo único que hace es resolver un conflicto de derechos reales *ya adquiridos* sobre un mismo inmueble, señalando cuál derecho es el que prevalece o se prefiere: *aquel que se inscribió primero*. No en balde el referido art. 2022 del Código Civil señala que la oposición de derechos reales debe ser entre quienes «tienen» derechos reales sobre un mismo inmueble²⁸.

²⁶ Pues como ya hemos visto, en virtud del sistema consensual de transferencia de la propiedad vigente en nuestro país, la propiedad de un inmueble se transfiere con la sola obligación de enajenar o transferir el bien, es decir, con el solo consenso de las partes, sin que sea necesaria la inscripción registral. Es en este sentido que se afirma que en nuestro Derecho la inscripción registral no es constitutiva de derechos reales, sino que lo es la voluntad de las partes.

²⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, p. 416-417.

²⁸ Como explica el profesor Fernández Cruz, «la solución que brinda el artículo 1135 del Código Civil de 1984, al preferir en caso de concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles al primero que inscribe su título con buena fe, y su ubicación dentro de las obligaciones de dar, no representa ninguna incoherencia dentro de un sistema consensual de transferencia de la propiedad, y menos aún una excepción a la forma de transferir... Lo que realiza el citado dispositivo no es, en ningún momento, poner en tela de juicio que la transferencia de propiedad ya ha operado con el acuerdo de voluntades. Lo que hace es regular un caso de excepción, en donde títulos anteriores en el tiempo van a perder eficacia ante una adquisición de "mayor valor" que suma a su título un mejor derecho, determinado por la buena fe del adquirente y la inscripción en el Registro». (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, p. 327). Del mismo modo, el profesor Max Arias-Schreiber indica que «la preferencia que se otorga al acreedor de buena fe que hubiera inscrito primero su título está dada en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los otros acreedores, basado en la diligencia en el actuar, que torna ineficaces los otros títulos referidos al mismo bien inmueble... En consecuencia, no es exacto que el artículo 1135 otorgue a la inscripción la calificación de "modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria"». (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, pp. 286-288). Estos comentarios son también aplicables al artículo 2022 del Código Civil.

Por lo demás, debemos indicar que lo establecido por los artículos 2022 y 1135 del Código Civil, no es más que una aplicación del principio jurídico de **prioridad registral** expresado en la máxima latina *prior tempore, potior iure* (primero en el tiempo, mejor en el derecho). Tal principio es recogido por el art. 2016 del mismo Código, el cual establece que «la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro». Es decir, que el derecho que se inscribe primero sobre un bien es el que se prefiere frente a otro u otros derechos que se inscriben después sobre el mismo bien, o que simplemente nunca se inscribieron. Los arts. 2022 y 1135 del Código Civil, como decíamos, no hacen sino confirmar el referido principio de prioridad registral recogido por el art 2016 del mismo Código.

Como expresa Jack Bigio: «No hay duda de que si se enfrentan dos titulares de derechos reales, quien tendrá preferencia en virtud del principio de prioridad será aquel que inscribió primero; esto es confirmado por la primera parte de este artículo [artículo 2022 del Código Civil]»²⁹ (el subrayado es nuestro). En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema señala: «La norma contenida en el primer párrafo del **Artículo 2022°** del Código Civil recoge el principio de prioridad registral, el cual se deriva de la vieja máxima “primero en el tiempo, primero en el derecho”, y puede ser definido como aquel principio por el cual el acto registrable que primero ingrese en el Registro de Propiedad se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango, a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no se hubiese presentado al registro o lo hubiere sido con posterioridad, aunque dicho acto fuese de fecha anterior»³⁰.

En conclusión, para oponer o hacer prevalecer con éxito el derecho de propiedad inmueble (u otro derecho real) a terceros que también tienen algún derecho real sobre el mismo inmueble, es necesario que tal derecho se haya inscrito con anterioridad al derecho de aquel a quien se opone, tal como lo prescribe el artículo 2022 del Código Civil, concordante con el art. 1135 del mismo Código sustantivo.

²⁹ BIGIO CHREM, Jack. En: *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil*. Lima: Cultural Cuzco, 1984.

³⁰ Casación N.° 2247-99-La Libertad, *El Peruano*, 17-09-2000, p. 6221.

III. EL DERECHO DE HIPOTECA Y SU EXTENSIÓN

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA

La hipoteca es un derecho real de garantía en cuya virtud una persona, llamada hipotecante, grava o afecta un bien inmueble de su propiedad a favor de otra, llamada acreedor hipotecario, en garantía del cumplimiento de una obligación, ya sea propia (caso en que se llamará “deudor hipotecario”) o de un tercero (caso en que se llamará “garante hipotecario”). La característica más sobresaliente de la hipoteca, por la que es considerada como el derecho real de garantía más importante, es que no requiere la desposesión o entrega del bien afectado al acreedor hipotecario, permaneciendo el inmueble con el propietario hipotecante, quien puede seguir usándolo y explotándolo e, inclusive, puede disponer de él. Solo si la obligación no es pagada por el deudor hipotecante o por el tercero garantizado, el acreedor hipotecario tiene las facultades de perseguir y vender judicialmente el inmueble afectado, ya sea que se encuentre en manos del hipotecante o de un tercero, mediante el proceso judicial de ejecución de garantías. Es así que el art. 1097 del Código Civil establece que «por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado».

En la línea de lo expuesto, Álvarez Caperochipi señala que «la hipoteca puede definirse como un derecho real de garantía sobre cosas inmuebles que se constituye mediante la publicidad registral. También se puede definir como la afectación de un bien inmueble en garantía de un crédito para la realización pública de su valor en caso de incumplimiento... La hipoteca no restringe el poder de disposición sobre la cosa»³¹. Por su parte, los profesores Diez-Picazo y Gullón sostienen lo siguiente:

«La hipoteca inmobiliaria o hipoteca por antonomasia es un derecho real de garantía que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento o la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor de aquéllos, enajenándolos y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido y

³¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José. *Derechos Reales*. Biblioteca del derecho de propiedad, nro. 1. Gonzales Barrón, Gunther (director). Lima: Jurista Editores, 2015, pp. 377-378.

cualquiera que sea en ese momento su poseedor o propietario. La hipoteca no exige, como otros derechos reales de garantía, que se produzca el desplazamiento de la posesión del bien gravado al acreedor garantizado. Por el contrario, su característica sustancial es que los bienes quedan en poder del hipotecante a fin de que pueda seguir utilizándolos y sirviéndose de ellos, explotándolos y obteniendo sus frutos y rentas. La hipoteca tampoco coarta ni limita el poder dispositivo del propietario, que puede enajenar la cosa, si bien el adquirente, al que se suele llamar “tercer poseedor”, recibirá, en su caso, el bien transmitido con la afectación o carga real en que la hipoteca consiste y se verá en la necesidad de soportar el posible ejercicio del derecho de realización del valor por parte del acreedor hipotecario»³² (subrayado nuestro).

En sede nacional, Aníbal Torres indica que «la hipoteca (del griego *hypothēke* = poner debajo) es un derecho real de garantía por el que se asegura el cumplimiento de una obligación, propia o de un tercero, actual o futura, con un inmueble que queda en poder del constituyente (hipotecante), otorgándose al acreedor los derechos de persecución (*ius persequendi*), preferencia (*ius preferendi*) y venta judicial del bien hipotecado (*ius distraendi*), si la obligación no es cancelada a su vencimiento»³³. Es de indicar, de otro lado, que la hipoteca es un acto jurídico formal, toda vez que la ley impone una forma para su celebración, cual es la escritura pública; la hipoteca debe, pues, otorgarse por escritura pública, salvo disposición legal diferente, según así lo establece el artículo 1098 del Código Civil. Asimismo, acorde al artículo 1099, inciso 3, del mismo Código, el derecho real de hipoteca, a diferencia del derecho real de propiedad, **se constituye o perfecciona mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble**. No basta el contrato o acuerdo de las partes.

Las características principales de la hipoteca son: a) su *especialidad*, por la cual la hipoteca debe recaer sobre un inmueble debidamente determinado, con indicación de su ubicación, área, medidas perimétricas, linderos y otros datos que permitan su exacta identificación (especialidad objetiva por el bien). Asimismo, debe garantizar el cumplimiento de una obligación determinada o determinable (especialidad por la

³² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, p. 438.

³³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Op. cit.*, p. 670.

obligación). Dicha característica es recogida por los artículos 1099, inciso 3, y 1100 del Código Civil; b) su *accesoriedad*, por la cual la hipoteca se constituye en función de un acto jurídico principal, cual es la obligación a la que sirve de garantía, por lo que se extingue juntamente con ella; Esta característica brota de la misma definición de la hipoteca hecha por el artículo 1097 del Código Civil; y, c) su *indivisibilidad*, por la cual la hipoteca afecta la totalidad del inmueble dado en garantía, y si el bien se dividiera, la hipoteca gravará igualmente todas y cada una de sus partes, de modo que si la obligación no se cumple, la hipoteca será ejecutada sobre todo el bien y no sobre parte de él, aunque la obligación haya sido parcialmente cumplida. Este rasgo de la hipoteca está previsto por el art. 1102 del Código Civil, el cual establece: “La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados”.

2. EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA

2.1. Premisa

Un aspecto de particular importancia de la hipoteca, sobre todo en el momento de su ejecución (en caso el deudor no haya pagado la obligación), es el relativo a su *extensión*; es decir, ¿qué es lo que llega a comprender la hipoteca respecto al bien inmueble que grava?, ¿hasta dónde se extiende la hipoteca respecto al bien inmueble objeto de afectación? (extensión objetiva). En principio, la hipoteca de un inmueble comprende **todo el inmueble en sí mismo, es decir, todo lo que constituye o forma parte del inmueble como tal al momento de celebrarse la hipoteca** (por ejemplo, si se trata de una casa o edificio, comprenderá el terreno, la construcción, las puertas y ventanas, etc.). Como expresan Díez-Picazo y Gullón, «al ser la hipoteca un derecho real de carácter inmobiliario y tener por objeto un bien inmueble, parece en principio claro que dentro de ella debe quedar comprendido todo lo que es el inmueble o forma parte del inmueble, y quedar excluido todo lo que no lo sea en puridad...»³⁴. Sin embargo, ¿qué pasa con aquellos bienes que sin formar parte del inmueble como tal, permanecen junto a él siendo útil y aumentando su valor? (como p. ej. los muebles, artefactos, esculturas y tanques de agua de una casa). ¿Y qué sucede con lo que se incorpora en el inmueble *después de la celebración de la hipoteca*, como p. ej. las

³⁴ Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, p. 449.

nuevas construcciones? ¿Se extenderá también la hipoteca a todo ello? Veamos qué nos dice nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, el art. 1101 del Código Civil establece: «La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto» (subrayado nuestro). Conforme a esta norma, y tal como lo anticipamos, la hipoteca se extiende, en primer lugar, a todo lo que constituye o forma parte del inmueble como tal, esto es, **a todas las partes integrantes del bien hipotecado**, como dice la norma. En segundo lugar se extiende a las **partes accesorias** o simplemente **accesorios** del bien, y en tercer y último lugar **al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación**. Veamos a continuación cada una de dichos conceptos jurídicos.

2.2. Las partes integrantes del bien hipotecado

Como decíamos, conforme al art. 1101 del Código Civil la hipoteca se extiende, en primer lugar, a las *partes integrantes* del bien hipotecado. El art. 887 del mismo Código establece: «*Es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares*». Así, la citada norma define a las partes integrantes de un bien, mueble o inmueble, como aquello que no puede ser separado o retirado físicamente del bien sin destruirlo, deteriorarlo o alterarlo. Ello porque, como su mismo nombre lo indica, son partes que *integran* o constituyen el *corpus* o estructura del bien, y que por tanto no pueden ser separadas sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Son aquellas partes consustanciales o inherentes a un bien; por ejemplo, si el bien es una casa o edificio, sus partes integrantes serán el suelo, el subsuelo, la fábrica, los ladrillos, los fierros, puertas, ventanas y los aires o sobresuelo. Todo ello constituye un todo inescindible, una sola unidad inmobiliaria. En este sentido, Eugenio Ramírez, citando a los juristas Larenz, Enneccerus y Lehmann, afirma sobre las partes integrantes lo siguiente:

«Son las partes especialmente distinguibles de una cosa que **debe considerarse como una unidad** (...) Para que haya parte integrante es preciso, aseveran Enneccerus y Lehmann, **una conexión corporal** y, además, que el todo de que forme parte se considere, en la concepción jurídica del tráfico, **como una sola cosa**. La ley alemana distingue aún entre partes integrantes “esenciales”, es

decir, no aptas para derechos singulares, **“aquellas que no pueden entre sí ser separadas sin que alguna quede destruida o substancialmente modificada”** (BGB, art. 93). Por ejemplo, son partes integrantes esenciales cada una de las páginas de un libro, el color y el lienzo de un cuadro, cada uno de los naipes de la baraja, los ladrillos y tejas de una casa. Cualesquiera de estos bienes no pueden ser separados del principal, por ser elemento esencial, bajo pena de destruirlo (...) La noción de parte integrante incorporada al Código patrio es la de parte integrante esencial del BGB; así resulta de leer lo que dispone el artículo 887 del Código (...) **Todo bien que se une o adhiere físicamente a otro resulta siendo una parte integrante (...)** En suma, **parte integrante es aquella que al incorporarse físicamente a otro bien conforman un bien compuesto, de modo tal que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar dicho bien** En rigor, no puede confundirse lo integrante con lo accesorio. Lo primero supone **inseparabilidad y adherencia; si se produjera la separación, entonces el bien se destruiría. Se trata de una parte esencial o estructural...**³⁵ (el resaltado es nuestro).

Horna Zegarra, por su parte, señala que «el artículo 887 del Código Civil define a la parte integrante como aquélla que está unida físicamente de forma tal a la unidad integradora, que no puede separarse de ella, bien porque la separación origine la destrucción de la sustancia, o bien porque cause un perjuicio económico»³⁶. Y Aníbal Torres señala que «son partes integrantes aquellas que no pueden ser separadas sin destruir, deteriorar o alterar el bien principal o el bien integrado, o ambos a la vez. Por ejemplo, no se pueden separar los ladrillos o el fierro con que ha sido construido un edificio (...) Son características de los bienes integrantes: a) que se incorporen, natural o artificialmente, a otro principal, formando un solo todo con él...»³⁷.

Así, pues, las *partes integrantes* de un bien, conforme a la doctrina y a nuestro Código Civil, son todas aquellas partes que conforman la estructura misma de un bien principal, que se unen permanentemente a él, ya sea de forma natural o artificial, formando una sola cosa, un todo indivisible, y que por ende no pueden ser separadas

³⁵ RAMÍREZ CRUZ, Eugenio. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Lima: RODHAS, 1996, pp. 227-231.

³⁶ HORNA ZEGARRA, Zoila. “La extensión de la hipoteca”. *Themis. Revista de Derecho* [en línea], nro. 40, 2000, pp. 302-303. Disponible en: <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10214/10659> [consultado el 08-06-2017].

³⁷ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Op. cit.*, p. 241-242.

sin destruir, deteriorar o alterar el bien principal, ni tampoco ser objeto de derechos singulares, como lo señala el artículo 887 del Código Civil. Por ejemplo, son partes integrantes de una casa el suelo, el subsuelo, la fábrica, los ladrillos, los fierros, las puertas, las ventanas, y los aires o sobresuelo; de un automóvil, el motor, el chasis, los frenos, etc.

2.3. Las partes accesorias del bien hipotecado

Acorde al artículo 1101 del Código Civil, la hipoteca también se extiende a las *partes accesorias* del bien hipotecado. El artículo 888 del mismo Código define a las partes accesorias de un bien, así: «*Son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien (...) Los accesorios pueden ser materia de derechos singulares...*». Dicho de otra manera, las partes accesorias de un bien, o simplemente *los accesorios* como los llama el Código Civil, son aquellos bienes que sin integrar la estructura de un bien principal, conservando su propia individualidad, como dice el Código, están permanentemente al servicio de aquel, cumpliendo un fin económico u ornamental. Al no integrar la estructura del bien principal, los accesorios pueden ser separados sin destruir, deteriorar o alterar el bien principal y, por ende, ser objeto de derechos singulares, como lo dispone la norma precitada. Por ejemplo, son partes accesorias de una casa o edificio los muebles, artefactos, esculturas, tanques de agua, etc.; de un ordenador, los parlantes, el mouse, etc.; de un automóvil, el parabrisas, los espejos, la radio, etc.; de un fundo, los árboles, los animales, las herramientas, etc.

2.4. Las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación del bien

Y en tercer lugar, a tenor del artículo 1101 del Código Civil, la hipoteca también se extiende al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación del bien hipotecado. Se refiere la norma al importe pecuniario que el propietario del bien hipotecado tiene derecho a recibir cuando dicho bien ha sido asegurado contra su destrucción o ruina, en caso dichos siniestros ocurran; o cuando el bien hipotecado ha sido expropiado por el Estado, acorde al artículo 70 de la Constitución. Entonces, si el inmueble hipotecado llega a sufrir algún siniestro que causa su destrucción o ruina, y está asegurado contra dichos siniestros, o si llega a ser expropiado por el

Estado, el importe de las respectivas indemnizaciones también quedará comprendido por la hipoteca; lo cual es razonable.

2.5. Lo que se incorpora en el bien hipotecado después de la hipoteca

Hasta aquí hemos visto que conforme al art. 1101 del Código Civil, la hipoteca se extiende a todas las *partes integrantes* del inmueble hipotecado, a todas sus *partes accesorias*, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación del bien; *salvo pacto distinto de las partes*. Ahora bien, cuando tal norma dispone la extensión de la hipoteca a todas las partes integrantes y accesorias del bien hipotecado, es obvio que se refiere, en principio, a las partes integrantes y accesorias existentes *al momento de la celebración de la hipoteca*. Es decir, la hipoteca se extiende, en principio, a todas las partes integrantes y accesorias del bien hipotecado existentes *al momento de celebrarse la hipoteca*. Por ejemplo, si al momento de celebrarse una hipoteca el inmueble hipotecado es solo un terreno, la hipoteca se extiende *en principio* solo a dicho terreno, porque es lo único que existe al momento de celebrarse la hipoteca. Pero, ¿qué pasa con todo lo que se incorpora o introduce en un inmueble hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, como *las nuevas construcciones*, por ejemplo? Consideremos que todo inmueble, incluso un inmueble hipotecado, puede ser objeto de mejoras³⁸. La pregunta entonces es: ¿Se extiende la hipoteca lo que se incorpora o introduce en el inmueble hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, como por ejemplo *las nuevas construcciones*?

La respuesta es afirmativa. Todo lo que se incorpora en el inmueble hipotecado **después de la celebración de la hipoteca**, sea de forma natural o artificial, sea por el propio hipotecante o por un tercero adquirente, queda también comprendido dentro de la hipoteca **en la medida que tenga la condición de “parte integrante” o “parte accesorio” del bien hipotecado**, pues conforme al artículo 1101 del Código Civil antes citado, la hipoteca se extiende **a todas las partes integrantes y accesorias** del bien hipotecado, sin hacer distinción entre las que existen al momento de celebrarse la hipoteca y las que se incorporan después de dicho momento. Por lo que siguiendo el principio jurídico según el cual «donde la ley no distingue, no se debe distinguir»,

³⁸ Según el art. 916 del Código Civil, las mejoras pueden ser para impedir la destrucción o el deterioro del bien (mejoras necesarias); para aumentar su valor y rentabilidad (mejoras útiles); o, simplemente, para su adorno, lucimiento o mayor comodidad (mejoras de recreo).

se infiere indubitadamente del precitado artículo que tanto las partes integrantes y accesorias existentes al celebrarse la hipoteca cuanto las que se incorporan después de tal momento, quedan igualmente comprendidas dentro de la hipoteca; **salvo pacto distinto de las partes**, como lo señala la parte *in fine* de la norma precitada, es decir, las partes pueden convenir que lo que se incorpore al bien hipotecado después de la celebración de la hipoteca quede fuera de ella. Si no lo hacen, la hipoteca también se extiende indefectiblemente a ello, porque así lo establece *implícitamente* el precitado artículo 1101 del Código Civil.

Lo anterior concuerda con el art. 889 del mismo Código, el cual establece que «las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación» (subrayado nuestro). Obviamente, la norma alude a **todas** las partes integrantes y accesorias de un bien, sin hacer ninguna distinción entre las que existen en un determinado momento y las que se incorporan después de tal momento, al igual que el artículo 1101 antes citado. Lo dispuesto por el referido artículo 889 significa que **todas** las partes integrantes y accesorias de un bien principal corren la misma suerte de tal bien. Así por ejemplo, si un bien es “inmueble”, todas sus partes integrantes y accesorias también lo serán, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación; si un inmueble ha sido “hipotecado”, todas sus *partes integrantes y accesorias* (tanto las que existen al celebrarse la hipoteca como las que se incorporan después) estarán afectadas por la hipoteca, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación.

Ello también concuerda con el carácter *indivisible* de la hipoteca, previsto por el artículo 1102 del Código Civil (anteriormente glosado), en virtud del cual la hipoteca recae sobre la totalidad del inmueble hipotecado, es decir, *sobre todas y cada una de sus partes*, aunque el bien se divida física o jurídicamente.

Es por todo ello que la hipoteca se extiende no solo a todas las partes integrantes y accesorias del bien hipotecado existentes al celebrarse la hipoteca, **sino también a todas las que se incorporan o introducen después de celebrarse la hipoteca, sea de forma natural o artificial, sea por el propio hipotecante o por un tercero adquirente del bien**, de conformidad con los artículos 1101, 887, 889, 888 y 1102 del Código Civil. Con lo cual nuestra legislación se propone evitar la atomización o

desmembramiento de los bienes (especialmente de los inmuebles) por la segregación de sus partes integrantes y accesorias, preservando así su integridad y su consiguiente mayor valor económico. El hecho que ciertas partes integrantes y accesorias del bien hipotecado se incorporen después de celebrarse la hipoteca, no les quita su condición de partes “integrantes” o “accesorias” del bien hipotecado.

En suma, basta que lo que se incorpora en un inmueble hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, tenga la calidad de “**parte integrante**” o “**accesoria**” de dicho bien, para que la hipoteca se extienda a ello y, por lo tanto, en una eventual ejecución de la hipoteca, también entre en el remate correspondiente. Ello porque, reiteramos, el artículo 1101 del Código Civil –norma que regula la extensión de la hipoteca–, prevé que la hipoteca se extiende *a todas las partes integrantes y accesorias* del bien hipotecado, sin distinguir entre las que existen al momento de celebrarse la hipoteca y las que se incorporan después de dicho momento; *salvo pacto distinto de los contratantes*, como también lo establece la referida norma en su parte final.

2.6. Las nuevas construcciones

En el caso de las nuevas construcciones que se incorporan en el bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, sea por el propio hipotecante o por un tercero adquirente del bien, como p. ej. la nueva construcción de un terreno hipotecado, las nuevas habitaciones de una casa hipotecada, o **los nuevos pisos o departamentos de una casa o un edificio hipotecados**, no cabe duda de que estamos frente a “**partes integrantes**” del bien hipotecado, pues una vez incorporados a dicho bien (terreno, casa o edificio) pasan a *integrar* la estructura del bien, conformando una sola unidad inmobiliaria, de modo que no pueden ser separados sin destruir, deteriorar o alterar el bien principal. En consecuencia, al tener dichas **nuevas construcciones** la condición de “**partes integrantes**” del bien hipotecado, la hipoteca también se extiende a ellas, conforme a lo expuesto precedentemente; por lo que en la eventual ejecución judicial de la hipoteca, también entrarán en el remate respectivo.

Así, pues, conforme al art. 1101 del Código Civil, concordante con los artículos 887, 889 y 1102 del mismo Código, las nuevas construcciones efectuadas en el bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, como por ejemplo lo edificado en un terreno hipotecado o los nuevos pisos construidos en una casa hipotecada, sea

por el propio hipotecante o por un tercero adquirente, quedan también comprendidas en la hipoteca por ser técnicamente partes integrantes del bien hipotecado; salvo pacto distinto de las partes, como lo señala la parte final del citado artículo 1101, o como dice el también citado artículo 889, “**salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación**”.

Lo anterior no significa de ninguna manera que estemos ante una “**hipoteca de bienes futuros**”, figura proscrita por el artículo 1106 del Código Civil, puesto que dicha hipoteca es aquella que se constituye sobre un bien totalmente inexistente al momento de celebrarse la hipoteca; mientras que la extensión de la hipoteca a las construcciones que se incorporan al bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, se produce sobre la base de un bien ya existente al celebrarse la hipoteca, como es el inmueble hipotecado. Una cosa es la “extensión de la hipoteca a las partes integrantes futuras de un bien hipotecado”, figura permitida por la ley; y otra cosa es la “hipoteca de bienes futuros”, figura vedada por ley. La hipoteca se extiende tanto a las construcciones **actuales como futuras** del bien hipotecado. Y la incorporación de nuevas construcciones a un bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, es algo previsible que no pocas veces ocurre en la realidad, por lo que la hipoteca se extiende de antemano a dichas eventuales construcciones por imperio de la ley, sin que ello suponga una hipoteca de bienes futuros.

En la línea de lo expuesto, Jorge Avendaño Valdez y Francisco Avendaño Arana dicen: «Por mandato legal, es suficiente que existan las construcciones al constituirse la hipoteca, o que estas se realicen con posterioridad, para que la garantía se extienda a ellas. Si las construcciones son hechas por un tercero la solución es la misma. La hipoteca se extiende a ellas porque igualmente se integraron al bien. En la legislación comparada y en su doctrina se acepta en forma unánime que la hipoteca se extiende a lo que se construye sobre el inmueble hipotecado...»³⁹ (subrayado nuestro). Dichos autores agregan que «...el acreedor hipotecario tiene derecho a que su hipoteca se extienda a lo que se construya después, por disposición del artículo 1101 del Código

³⁹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge y AVENDAÑO ARANA, Francisco. “Apuntes sobre la extensión objetiva de la hipoteca y la oponibilidad de los actos de disposición sobre el bien hipotecado”. En: *Ius et veritas* [en línea], nro.35, 2007, pp. 54-55. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12283/12846> [consultado el 12-06-2017].

Civil... Los bienes futuros son los bienes que no existen... Las edificaciones que se levantan no son bienes futuros»⁴⁰ (subrayado nuestro).

Así también, Álvaro Pérez Vives sostiene: «En virtud del principio *accessorium sequitur principale*, las construcciones que existan en un terreno se consideran como formando un solo cuerpo con él, de modo que la enajenación **o el gravamen** del predio comprende no solo la tierra, sino también las edificaciones que le acceden **aunque nada se diga sobre el particular, cualquiera que hubiere sido la persona que las construyó**. Por consiguiente, cuando se hipoteca un lote de terreno y luego se edifica en él, la construcción queda igualmente gravada con la hipoteca»⁴¹ (el resaltado es nuestro). Horna Zegarra, por su parte, comenta:

«Según la definición establecida en párrafos anteriores, las construcciones realizadas sobre los terrenos constituyen una típica parte integrante, y como tal se incorporan al objeto del gravamen hipotecario. Cabe señalar que el artículo 1101 del Código Civil contiene un principio general, ya que no hace distinción ni contempla ninguna excepción a los alcances de la hipoteca... Asimismo, la norma en referencia no distingue entre aquellos supuestos en que las partes integrantes o accesorias han sido incorporadas al inmueble antes o después de la constitución del gravamen»⁴² (subrayado nuestro).

Asimismo, el profesor Jack Bigio, quien fuera miembro de la Comisión Revisora del Proyecto del Código Civil que nos rige, sostiene: «... debe hacerse hincapié [en] que es indiferente que tales construcciones hayan sido realizadas con posterioridad a la inscripción [constitución] de la hipoteca; igualmente, es irrelevante que las mismas sean efectuadas por el propio hipotecante o por un tercero adquiriente: en todo caso, el inmueble gravado y todo lo que le corresponda por accesión está afecto a la hipoteca»⁴³. Por su parte, el profesor Martín Mejorada anota que «es en virtud de la extensión que quedan comprendidas en la hipoteca las modificaciones realizadas en el bien, las ampliaciones de un edificio, **o las construcciones nuevas...** ¿cómo podría ejecutarse la hipoteca sobre una edificación y no sobre la nueva habitación que se ha

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 59-60.

⁴¹ PÉREZ VIVES, Álvaro. Citado por AVENDAÑO VALDEZ, Jorge y AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Op. cit.*, p. 55.

⁴² HORNA ZEGARRA, Zolla. *Op. cit.*, p. 303.

⁴³ BIGIO CHREM, Jack. En: *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil*. Lima: Cultural Cuzco, 1984, p. 44.

construido como parte de una ampliación del predio? Obviamente es imposible. **La misma lógica rige para las construcciones totalmente nuevas»⁴⁴** (resaltado nuestro).

El Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial de 2008⁴⁵ abordó el tema que nos ocupa, bajo la siguiente interrogante: ¿Se extiende la ejecución de la hipoteca a las construcciones que no existían al momento de su constitución? Por amplia mayoría (47 a 16 votos), dicho Pleno concluyó que «sí se extiende la ejecución de la hipoteca a las construcciones que no existían al momento de su constitución, aun cuando ello no se encuentre pactado en el contrato respectivo, pues las construcciones levantadas son técnicamente partes integrantes del inmueble hipotecado...» (subrayado nuestro). Como fundamentos de esta conclusión plenaria se expresó que el artículo 1101 del Código Civil prescribe que la hipoteca se extiende *a todas las partes integrantes del bien hipotecado*, salvo pacto distinto, mientras que el art. 887 de dicho Código define las partes integrantes como lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien; por lo que la hipoteca **«incluye las mejoras y/o construcciones introducidas con posterioridad a la hipoteca, pero con tasación actualizada»**.

En la misma línea, la jurisprudencia de la Corte Suprema expresa lo siguiente: «En el caso de autos, se tiene que el inmueble hipotecado es uno, al cual se le han integrado nuevos elementos físicos, como lo es el segundo piso del inmueble; siendo esto así, el segundo piso del inmueble hipotecado no es uno distinto, independiente o singular, del resto del inmueble, sino que forma parte integrante del bien, a la que se extiende la hipoteca, por lo que es de ineludible aplicación lo dispuesto por los artículos 1101 y 1102 del Código sustantivo»⁴⁶ (subrayado nuestro).

En otro caso, dicha Corte precisa: «Cuando el Código Civil en su artículo 1106 dispone que no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros, se refiere a aquellos bienes que el deudor pueda adquirir en el futuro, que al momento de otorgarse la escritura de hipoteca no eran de propiedad del garante, pero no a las construcciones que pueda efectuar en un inmueble de su propiedad, porque de admitir tal tesis no se podría ejecutar una hipoteca sobre una construcción que no existía al momento de su

⁴⁴ MEJORADA CHAUCA, Martín. "La extensión de la hipoteca". En: *Las Garantías Reales*. Gaceta Civil y Procesal Civil. Gaceta Jurídica, Lima, 20014, p. 20.

⁴⁵ Realizado en la ciudad de Lima, los días 28 y 29 de noviembre de 2008, por los jueces superiores representantes de todas las Cortes Superiores de nuestro país.

⁴⁶ Casación N.º 186-2003-Cajamarca, 16-06-2003, considerando 11.

otorgamiento (...), pero precisamente es el art. 1101 del Código Civil el que permite que la hipoteca pueda comprender también la construcción»⁴⁷. Y en otro caso, dicha Corte afirma:

«La interpretación sistemática de los artículos citados [se refiere a los arts. 1101, 887, 889 y 954 del Código Civil], conducen a la necesaria conclusión de que debido a la importancia económica de las edificaciones y por el principio de adhesión o incorporación de un bien en otro, las construcciones o edificaciones que estén permanentemente unidas al suelo tienen la calidad de bienes inmuebles y como tal constituyen respecto del terreno una sola unidad inmobiliaria consustancial e inseparable entre sí, lo que en derecho es conocida como parte integrante, pues en la actualidad y así resulta de autos, es materialmente imposible separar la construcción del suelo sin que se destruya o altere el bien constituido (...), queda claro que por ficción jurídica, la hipoteca legalmente constituida sobre un predio extiende sus efectos a las construcciones que posterior al acto constitutivo de la hipoteca se hayan introducido sobre el bien, salvo que las partes hayan pactado expresamente la no extensión»⁴⁸.

En suma, queda claro que conforme a nuestro Código Civil, a la doctrina y a la jurisprudencia, la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones que se incorporan en el bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, por ser técnicamente *partes integrantes* de tal bien, sean incorporados por el hipotecante o por cualquier tercero; *salvo pacto distinto de las partes*.

Finalmente, para que no quede ninguna duda de lo anterior, es oportuno indicar que la Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil vigente, del Congreso de la República (2010-2011), ha realizado la siguiente propuesta de reforma del artículo 1101 del Código Civil:

⁴⁷ Casación N.º 126-2003-Cono Norte, 16-06-2003, considerando 11, *El Peruano*, 01-12-2003. La Casación N.º 1036-2006-Lambayeque, 10-10-2006, luego de afirmar lo mismo, agrega que «...es necesario verificar en cada caso concreto si, en efecto, los bienes futuros a que se refiere el contrato *son aquellos totalmente inexistentes al momento de su suscripción, no adquiridos aún*, pues en el caso contrario, si existiesen bienes ya constituidos, la hipoteca que se extienda a lo que posteriormente se integre a los mismos no puede ser considerada nula» (las cursivas son nuestras). Ello, obviamente, porque dicha extensión no constituye una "hipoteca de bienes futuros".

⁴⁸ Casación N.º 3977-2009-Lima, 06-05-2010, considerandos 11 y 12, Sala Civil Permanente, *El Peruano*, 04-10-2010.

«Artículo 1101.- Extensión de la hipoteca en cuanto al bien:

La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorias del bien hipotecado, **tanto actuales como futuras**, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto» (resaltado es nuestro).

Es más, dicha Comisión también ha planteado que ya no se prohíba la **“hipoteca de bienes futuros”**. Ello en razón a que en la realidad ya se viene dando *en cierto modo* tal hipoteca, como ocurre en el caso de los programas de construcción masiva de viviendas que se adquieren con créditos hipotecarios y bonos del Estado, en donde la hipoteca se celebra antes de que la vivienda se construya⁴⁹. En ese sentido, dicha Comisión ha propuesto la siguiente modificación del artículo 1106 del Código Civil:

«Artículo 1106.- Hipoteca de un bien futuro.

La hipoteca sobre un bien futuro queda sujeta a la condición de que dicho bien llegue a existir» (el resaltado es nuestro).

⁴⁹ Véase al respecto MEJORADA CHAUCA, Martín. “Hipoteca sobre bienes futuros”. En: *Forseti. Revista de Derecho*, nro. 2, año 2014, pp. 61-68.

CAPÍTULO III ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCESO

1. ANÁLISIS PROCESAL O DE FORMA

Desde el punto de vista formal se aprecia que en líneas generales el proceso se ha desarrollado correctamente, vale decir, los actos procesales de las partes y de los jueces cumplieron los requisitos formales básicos previstos por la ley procesal civil. Así, la demanda cumplió los requisitos legales establecidos por los arts. 130; 424; 425; 486, inciso 5; y, 488 del Código Procesal Civil, relativos a las formalidades del escrito en general⁶⁵, a la demanda propiamente tal⁶⁶, a los anexos de la demanda⁶⁷, a la vía procedimental⁶⁸ y a la competencia⁶⁹, respectivamente. Por lo cual, dicha demanda fue admitida a trámite mediante resolución número 02.

Asimismo, la contestación del demandado Banco Wiese Sadameris cumplió los requisitos legales previstos por los arts. 130, 442, 444 y 491, inciso 5, del Código Procesal Civil, referidos a la forma del escrito en general, a los requisitos previstos para la demanda *en lo correspondiente*,⁷⁰ a los anexos de la contestación⁷¹ y al plazo para la contestación (10 días hábiles), respectivamente. Por lo cual, tal contestación fue admitida mediante resolución nro. 03.

El escrito de allanamiento y reconocimiento de la demanda del codemandado Juan Manuel López Huamán, también cumplió los requisitos prescritos por los arts. 130 y 331 del Código Procesal Civil, atinentes a la forma del escrito en general y a la oportunidad del allanamiento (en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia),

⁶⁵ Es decir, fue redactada por medio técnico; con un espacio en blanco no menor de tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho; redactada por un solo lado y a doble espacio; los anexos identificados con el número del escrito seguido de una letra; etc.

⁶⁶ O sea, designación del juez ante quien se interpuso la demanda; identificación y domicilio real y procesal de la demandante (el domicilio procesal electrónico no existía en la época del proceso); identificación y domicilio habitual de los demandados; petitorio claro y concreto; fundamentos de hecho expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad; fundamentación jurídica; no se señaló ningún monto del petitorio, por no poder medirse en dinero; ofrecimiento de los medios probatorios; y, las firmas de la demandante y de su abogado.

⁶⁷ Copia legible del documento de identidad de la demandante, los documentos probatorios de la demanda, tasa y cédulas de notificación.

⁶⁸ Proceso abreviado.

⁶⁹ Juez civil.

⁷⁰ Es decir, los mismos requisitos previstos por los artículos 424 del C.P.C. antes señalados, con los siguientes añadidos: N.º de R.U.C. del demandado (20100043140); nombre y domicilio del representante o apoderado del demandado (Carlos Zamalloa Barrera y Gilberto Saavedra Negrón, con poderes inscritos en el Registro de Personas Jurídicas y Sociedades Mercantiles de Chimbote).

⁷¹ Vale decir, los mismos anexos exigidos para la demanda por el artículo 425 del C.P.C. *en lo correspondiente*, con los siguientes añadidos: Copia del R.U.C del demandado y poder de representación.

respectivamente. Sin embargo, no cumplió el requisito previsto por el art. 332, inciso 6, del mismo Código (que habiendo litisconsorcio necesario pasivo, el allanamiento provenga de todos los demandados), pues los codemandados Banco Wiese Sudameris y Aída Isolina Malca Hernández no se allanaron ni reconocieron la demanda, por lo que aún persistía la litis. Por lo cual, dicho escrito de allanamiento y reconocimiento fue declarado improcedente mediante resol. nro. 04, de conformidad con el precitado artículo 332 del C.P.C. Pero además, en dicha resolución no se tuvo en cuenta que el referido allanamiento tampoco cumplió el requisito de legalización de firma a que se refiere el artículo 330 del citado Código.

La codemandada Aída Isolina Malca Hernández no contestó la demanda pese a haber sido bien notificada, conforme al cargo de notificación respectivo, por lo que en efectividad del apercibimiento decretado por resolución nro. 02 (autoadmisorio) y en aplicación del art. 458 del C.P.C. fue declarada rebelde mediante resolución 04.

La audiencia de saneamiento procesal y conciliación se llevó a cabo conforme a lo dispuesto por los arts. 465 a 472 del Código Procesal Civil, en la que al verificarse la concurrencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, y no habiéndose deducido excepciones ni defensas previas, por resolución 06 se declaró la existencia de una relación jurídica procesal válida y, por ende, saneado el proceso. No se promovió la conciliación por la inconcurrencia de los codemandados esposos López-Malca⁷². Se fijaron los puntos controvertidos del proceso y se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes. Y habiéndose admitido al codemandado Banco Wiese Sudameris una exhibición de documento que requería de actuación, se citó a audiencia de pruebas, la misma que se realizó correctamente conforme a los artículos 202 a 212 del Código Procesal Civil.

La sentencia de primera instancia cumplió con las formalidades previstas por el artículo 122 del Código Procesal Civil: lugar y fecha de su expedición; número; parte expositiva; parte considerativa, con los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta; parte decisoria; condena en costas y costos; etc. Asimismo, dicha sentencia

⁷² Hoy, la «audiencia de conciliación» y la promoción de la conciliación en sí por parte del juez ya no es obligatoria, conforme al Decreto Legislativo N.º 1070, "Decreto Legislativo que modifica la Ley N.º 26872, Ley de Conciliación", publicado el 28/06/2008, que modificó el artículo 468 del Código Procesal Civil y derogó los artículos 469 al 472 del mismo Código, que se referían a la audiencia de conciliación. No obstante, acorde a los artículos 323 y ss. del citado Código, de oficio o a solicitud de ambas partes, los jueces pueden citar a una audiencia de conciliación antes de emitir sentencia.

respetó el principio y derecho fundamental (de orden procesal) a la debida motivación de las resoluciones judiciales, consagrado por los artículos 139, inciso 5, de nuestra Constitución; 50, inciso 6, 122, incisos 3 y 4, del Código Procesal Civil; y, 12 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, en cuanto al plazo de su emisión, dicha sentencia no se emitió oportunamente, es decir, dentro del plazo de 25 días establecido por el artículo 491, inciso 11, del Código adjetivo, sino que se emitió con una demora excesiva y deplorable de **¡02 años!**, desde la audiencia de pruebas en que el expediente quedó expedito para sentenciar (01-06-2004) hasta el 29-05-2006 en que se emitió la sentencia. Lo cual viola flagrantemente el principio de celeridad procesal que informa todo proceso, previsto por el artículo V del Título Preliminar del C.P.C., es decir, el derecho de los justiciables a una pronta justicia, pues «justicia que tarda, no es justicia» reza el popular refrán. Y ello sin contar el tiempo total que duró el proceso desde la demanda hasta la sentencia final de la Corte Suprema.

De igual manera, el recurso de apelación interpuesto por el codemandado Banco Wiese Sudameris contra la sentencia antes referida, cumplió los requisitos legales previstos por los artículos 366, 367 y 373 del Código Procesal Civil, concernientes a la fundamentación del recurso, al plazo para su interposición⁷³ y a la tasa judicial, respectivamente. En vista de lo cual, tal recurso fue concedido mediante resolución nro. 17, con efecto suspensivo, acorde al artículo 371 del citado Código.

La sentencia de segunda instancia cumplió los requisitos formales previstos por el art. 122 del Código Procesal Civil (referidos en el caso de la sentencia de primera instancia). También observó los principios procesales de interdicción de la *reformatio in peius*, y el contenido en el aforismo latino *tantum devolutum quantum appellatum*. Asimismo, dicha sentencia respetó el principio y derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales, antes señalado.

El recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de vista antes mencionada cumplió con los requisitos legales previstos por los artículos 386, 387 y 388 del Código Procesal Civil, concernientes a las causales para interponer tal

⁷³ 05 días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la sentencia, conforme al art. 491, inciso 12, del C.P.C.

recurso⁷⁴, a los requisitos de forma⁷⁵ y a los requisitos de fondo⁷⁶, respectivamente. Razón por la cual, dicho recurso fue concedido por la Sala Civil respectiva mediante resolución número 26, y luego declarado procedente por la Corte Suprema mediante resolución de fecha 05 de junio de 2007.

Y la sentencia de la Corte Suprema cumplió los requisitos formales previstos por el artículo 122 del Código Procesal Civil, antes mencionados. Asimismo, observó el principio y derecho fundamental (de orden procesal) a la debida motivación de las resoluciones judiciales, antes señalado. Y fue emitida en el plazo previsto por el art. 395 del mismo Código, esto es, dentro de 50 días contados desde la vista de la causa.

Por lo demás, se advierte que el proceso respetó los derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, reconocidos por el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, por el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil y por el artículo 7 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Derechos fundamentales de orden procesal que a su vez comprenden un conjunto de derechos procesales medulares tales como el derecho de defensa, a la motivación de las resoluciones judiciales (antes referida), al juez natural, a probar, a la pluralidad de instancia, etc., los cuales están previstos en el precitado art. 139 de la Carta Magna y en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

Finalmente, es de lamentar la excesiva demora del proceso: **04 años y 04 meses**, pues la demanda se interpuso el 15-04-2003 y la sentencia final de la Corte Suprema se expidió el 10-09-2007; correspondiendo la mayor demora al trámite en primera instancia (03 años, 01 mes), en la que el juzgado tardó 02 años en emitir la sentencia,

⁷⁴ En el caso de autos, (i) la aplicación indebida de una norma de derecho material (arts. 887, 889, 958, 1117 y 2022 del Código Civil), y la interpretación errónea de una norma de derecho material (arts. 1100, 1101 y 1102 del Código Civil); y (ii) la inaplicación de una norma de derecho material (arts. 923, 1100 y 1106 del Código Civil). Como se sabe, el precitado artículo 386 del C.P.C. fue después modificado por la Ley N.° 29364, publicada el 28/05/2009, en virtud de la cual se ha reducido las causales de casación a solo dos causales concretas y precisas: a) la infracción normativa que incida directamente en la decisión de la resolución impugnada, y b) el apartamiento inmotivado del precedente judicial.

⁷⁵ Es decir, se interpuso contra una sentencia expedida por una Sala Superior en revisión; dentro del plazo de 10 días hábiles, contado desde el día siguiente de notificada la resolución que se impugna, acompañando el recibo de pago de la tasa judicial respectiva; y, ante el órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada. Este artículo también fue modificado después por la misma ley antes citada, en el sentido que se ha agregado al citado plazo de 10 días para interponer el recurso, "el término de la distancia cuando corresponda"; y que ya no solo se puede interponer ante la Sala Superior que expidió la resolución impugnada, sino también ante la misma Corte Suprema, "acompañando copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital, por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad".

⁷⁶ Es decir, en el caso de autos, se fundamentó con claridad y precisión el recurso, expresando en cuál de las causales descritas en el artículo 386 se sustentó.

como indicamos anteriormente. Demasiado tiempo para un proceso que se supone es «abreviado». La demora sigue siendo uno de los mayores problemas de los procesos judiciales en nuestro país, siendo una de sus causas la excesiva carga procesal de los órganos jurisdiccionales, particularmente de los de primera instancia.

2. ANÁLISIS SUSTANTIVO O DE FONDO

Respecto al fondo del proceso, creemos que la demanda de tercería de propiedad interpuesta por Eucebia Morales García contra el Banco Wiese Sudameris y otros, es **infundada**. Por lo que discrepamos con la sentencia de primera instancia que declaró **fundada** dicha demanda, y estamos de acuerdo con la sentencia de segunda instancia que revocó dicha sentencia y declaró **infundada** la demanda. También concordamos, por supuesto, con la sentencia de la Corte Suprema que declaró **infundado** el recurso de casación de la demandante contra la referida sentencia de segunda instancia. Ello, por las siguientes razones:

a) El proceso de tercería de propiedad, al ser un instrumento de oposición a la ejecución de un bien afectado por una medida cautelar o por una garantía real, implica una oposición entre el derecho de propiedad del demandante y el derecho personal o real del demandado ejecutante, respecto del bien materia de ejecución. Pues bien, cuando la oposición es entre el derecho de propiedad del demandante y otro derecho real del demandado ejecutante, sobre un inmueble materia de ejecución, es decir, cuando la oposición es entre derechos reales sobre un mismo inmueble, el Código Civil ha establecido una solución concreta en sus artículos 2022 y 1135, como se expuso en el marco teórico de este informe⁷⁷. Tal solución es la inscripción registral oportuna del derecho real que se pretende oponer, es decir, prevalece el derecho real que se inscribió primero⁷⁸. Por tanto, en dicho caso, para que la tercería de propiedad prospere no basta con ser propietario del bien objeto de ejecución, sino

⁷⁷ Ítem 4, Título II, Capítulo II

⁷⁸ En efecto, el artículo 2022 del Código Civil dispone: «Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone» (resaltado nuestro). Mientras que el art.1135 del mismo Código señala: «Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito...» (resaltado nuestro). Lo cual ha sido reafirmado con el D. L. N.º 1069, publicado el 28-06-2008, que modificó el art. 533 del Código Procesal Civil, el cual ahora dispone lo siguiente: «... Sin perjuicio de lo señalado, [la tercería] puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación» (resaltado nuestro).

que se requiere además que el derecho de propiedad que se opone se haya inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone.

b) En ese orden de ideas, el juez de primera instancia se equivoca al sostener en su sentencia que, *en el caso de autos es irrelevante que la inscripción del derecho de propiedad de la demandante sobre el segundo y tercer piso del inmueble objeto de ejecución, sea posterior a la inscripción de la hipoteca del banco demandado, puesto que «la inscripción no es constitutiva de derechos sino la declaración de voluntad»* (décimo tercer considerando). Como decíamos, conforme a los artículos 2022 y 1135 del Código Civil, y 533 del Código Procesal Civil, cuando en la tercería de propiedad se oponen dos o más derechos reales sobre un mismo inmueble objeto de ejecución, no basta con ser propietario de dicho bien para que la demanda prospere: se requiere además que el derecho de propiedad que se opone se haya inscrito **con anterioridad** al derecho real al cual se opone. Y en el presente caso, conforme a la copia literal respectiva, el derecho de propiedad de la demandante sobre el segundo y tercer piso del inmueble objeto de ejecución fue inscrito el **23-11-2000**, mientras que el derecho de hipoteca del banco demandado fue inscrito el **05 de enero de 1995**.

c) Es cierto que la inscripción no es constitutiva de derechos, sino la declaración de voluntad de las partes –como dice el juez–, pues conforme al sistema consensual de transferencia de la propiedad que nos rige, el derecho de propiedad inmueble se adquiere por el solo contrato y no por su inscripción registral, tal como se expuso en el marco teórico. Y en el caso de autos se ha acreditado que el derecho de propiedad de la demandante sobre el inmueble objeto de ejecución fue adquirido mediante el contrato de compraventa de fecha 17-12-1993. Pero en la tercería de propiedad no se discute la adquisición del derecho de propiedad de la parte demandante sobre el bien objeto de ejecución, cuya acreditación es solo un requisito de admisibilidad de la demanda conforme al art. 535 del Código Procesal Civil. Lo que se discute es si el derecho de propiedad de la parte demandante sobre el bien materia de ejecución, prevalece o no frente al derecho real o personal del demandado sobre el mismo bien. De ahí que el Cuarto Juzgado Civil que al principio conoció el proceso, fijara como único punto controvertido de la causa: *determinar si el derecho real de propiedad que alega tener la demandante sobre los aires del segundo piso del inmueble sub litis, tiene*

*prioridad frente al derecho real de hipoteca constituido por los demandados esposos López-Malca a favor del codemandado Banco Wiese Sudameris, sobre el mismo inmueble. Y para resolver dicha controversia nuestro Código Civil, reiteramos, establece en su artículo 2022, concordante con el art. 1135 del mismo Código y con el art. 533 del Código Procesal Civil, que **prevalece el derecho real que se inscribió primero.***

d) También se equivoca el juez de primera instancia al sostener que el artículo 2022 del Código Civil, antes citado, *«no es aplicable al caso de autos porque el banco demandado no tiene un derecho real de hipoteca sobre el segundo y tercer piso del inmueble objeto de ejecución»*, siendo que dicho artículo exige tener derechos reales sobre un inmueble. Ello porque, según el juez, la hipoteca del banco demandado únicamente comprende el suelo y el primer piso del inmueble materia de ejecución, **mas no se extiende al segundo y tercer piso, porque estos no existían cuando se celebró la hipoteca con los esposos López-Malca, sino que fueron construidos por la demandante después de dicha hipoteca;** por lo que el derecho de la demandante sobre dichos pisos resulta oponible al derecho del banco demandado (décimo quinto considerando, literales c y b). Sin embargo, tales argumentos son erróneos, pues las nuevas construcciones que se incorporan en un bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, sea por el propio hipotecante o por cualquier tercero, quedan también comprendidas en la hipoteca por ser técnicamente **“partes integrantes”** del bien hipotecado, **salvo pacto distinto de las partes**, tal como se expuso en el marco teórico a donde nos remitimos⁷⁹.

e) Otro error del juez de primera instancia consiste en señalar que la hipoteca del banco demandado no puede extenderse a construcciones que no existían en el bien hipotecado al celebrarse hipoteca, *«pues conforme al artículo 1106 del Código Civil, no se puede hipotecar bienes futuros»* (décimo quinto considerando, literal b). Así, para el juez de primera instancia la extensión de la hipoteca a las construcciones realizadas en el bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, constituye una “hipoteca de bienes futuros”. Dicha afirmación es errónea porque, como también se dijo en el marco teórico, la hipoteca de bienes futuros (prohibida por el artículo 1106 del Código Civil) es aquella que recae sobre un bien totalmente inexistente al momento de celebrarse la hipoteca; mientras que la extensión de la hipoteca a las

⁷⁹ Ítems 2.5 y 2.6, Título III, Capítulo II

construcciones realizadas en el bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, se produce sobre la base de un bien existente, como es el bien hipotecado donde se realizan dichas construcciones. La realización de nuevas construcciones en un inmueble hipotecado es algo previsible que no pocas veces ocurre en la realidad. Por lo que la hipoteca se extiende de antemano a dichas construcciones por imperio de la ley, sin que ello suponga una hipoteca de bienes futuros.

f) Y otro error del juez de primera instancia es sostener que la hipoteca del banco demandado no se puede extender a las nuevas construcciones del bien materia de ejecución, pues ello constituye un “*abuso de derecho*” (décimo sexto considerando), lo cual está prohibido por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil y por el artículo 103 de nuestra Constitución. Dicho argumento también es inexacto, pues la extensión de la hipoteca a todas las “*partes integrantes*” del bien hipotecado (como las nuevas construcciones realizadas en dicho bien), es un derecho reconocido por la ley, como se expuso en el marco teórico. Y el simple ejercicio de ese derecho por parte del banco demandado no constituye en modo alguno un abuso de derecho.

g) En suma, siendo que las construcciones hechas en un bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, sea el propio hipotecante o por un tercero, quedan también comprendidas en la hipoteca por ser *partes integrantes* del bien hipotecado, *salvo pacto distinto de las partes*, se concluye que la hipoteca del banco demandado sí se extiende al segundo y tercer piso del inmueble objeto de ejecución, los cuales fueron construidos por la demandante después de la celebración de dicha hipoteca. No existe pacto distinto de los contratantes. Más aún si en la segunda cláusula de la hipoteca las partes acordaron que dicha hipoteca también comprendía lo que fuera introducido después de su celebración.

Por lo tanto, el banco demandado sí tiene un derecho real de hipoteca sobre los referidos pisos; y siendo así, el artículo 2022 del Código Civil sí es aplicable al caso de autos. Y estando a que el derecho de hipoteca del banco demandado sobre dichos pisos se inscribió antes (05-01-1995) que el derecho de propiedad de la demandante (23-11-2000), es tal derecho de hipoteca el que debe prevalecer. Por lo que, como se dijo, la demanda es infundada, tal como se decidió en segunda instancia y en la Corte Suprema.

3. ACTUACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES

3.1. Actuación procesal de la demandante

Consideramos que la actuación procesal de la demandante –y de sus abogados– fue desatinada, por no decir pésima, porque tanto la demanda como el recurso de casación contra la sentencia de vista (sus actos procesales principales), contienen tres graves errores jurídicos (entendibles en la demandante por ser lega en Derecho, pero no en sus abogados por ser –se supone– expertos en Derecho). Tales errores son, en primer lugar, creer que el éxito de la demanda de tercería de propiedad radica en ser propietario del bien materia de ejecución, es decir, que basta con acreditar el derecho de propiedad sobre dicho bien para que la demanda prospere. Así, en la demanda se sostiene lo sig.: “...*en consecuencia, estando acreditado fehacientemente mi derecho de propiedad debe dejarse sin efecto el remate de la segunda y tercera planta del inmueble referido*”. De igual manera, en el recurso de casación se afirma: “... *mi persona ha demostrado en autos ser la auténtica y legítima propietaria del segundo y tercer piso del inmueble sub materia...*”. Sin embargo, como se expuso precedentemente, cuando en la tercería de propiedad se enfrentan dos o más derechos reales sobre un inmueble objeto de remate, para que la demanda prospere no basta con ser propietario de dicho bien: se requiere además que el derecho de propiedad que se opone se haya inscrito antes que el derecho al cual se opone⁸⁰; lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

El segundo error es aseverar que el segundo y tercer piso del inmueble objeto de ejecución no están comprendidos en la hipoteca celebrada entre el banco demandado y los esposos López-Malca, de fecha 13/12/1994. En efecto, la tercerista señala en su demanda: «... *que no se ha hipotecado la segunda y tercera planta del bien inmueble, puesto que las mismas, no existían a la fecha de la hipoteca, pues estas se han iniciado su construcción en el mes de setiembre de 1995, posterior a la constitución de la garantía hipotecaria...*» (sexto fundamento de hecho). Así también, en el recurso de casación se indica: «... *en consecuencia, si revisamos la Escritura de Constitución de Garantía Hipotecaria, no se encuentra hipotecado el segundo y tercer piso del inmueble, porque a la fecha de la hipoteca no existía el segundo y tercer piso...*» (vid. “Requisitos de Fondo”). Sin embargo, como se expuso precedentemente, las construcciones que no existían al

⁸⁰ Ello, como se dijo, de conformidad con el artículo 2022 del Código Civil, concordante con el artículo 1135 del mismo Código, y con el artículo 533 del Código Procesal Civil. Y también conforme a la doctrina y a la jurisprudencia.

celebrarse la hipoteca, vale decir, las realizadas en el bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca* (como los nuevos pisos), sean realizadas por el propio hipotecante o por un tercero, también quedan comprendidas en la hipoteca por ser técnicamente *partes integrantes* del bien hipotecado, *salvo pacto distinto de las partes*⁸¹, lo que no ha ocurrido en el caso *sub judice*.

Y el tercer error de la demandante es sostener que la hipoteca no se extiende al segundo y tercer piso del inmueble objeto de ejecución, que no existían al celebrarse la hipoteca, porque ello constituye una “hipoteca de bienes futuros”. Así, se indica en la demanda: “... *no se puede entender que la segunda y tercera planta, que es de mi propiedad, se encuentren hipotecados y por ende en remate, pues, de acuerdo al art. 1106 del Código Civil no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros; hacerlo es ilegal...*” (sexto fundamento de hecho). De igual manera, en el recurso de casación se afirma que “... *tampoco se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros, según lo norma el art. 1106 del Código acotado...*”. Empero, como se indicó anteriormente, la extensión de la hipoteca a las construcciones hechas en el bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, no constituye una hipoteca de bienes futuros, porque dicha extensión se produce sobre la base de un bien existente como es el inmueble hipotecado donde se realizan las nuevas construcciones; mientras que la hipoteca de bienes futuros es aquella que recae sobre un bien totalmente inexistente al momento de celebrarse la hipoteca.

Adicionalmente, nos parece absolutamente reprochable que la demandante haya dejado pasar tanto tiempo para inscribir su derecho de propiedad sobre el segundo y tercer piso del inmueble objeto de ejecución: **¡06 años y 11 meses!** Efectivamente, desde la celebración del contrato de transferencia de aires a favor de la demandante **(17/12/1993)**, y ante la negativa de sus vendedores de suscribir la escritura pública de transferencia, la actora interpuso su demanda de otorgamiento de escritura pública el **¡29 de marzo del 2000!**, logrando inscribir su derecho recién el **23 de noviembre del 2000**, vale decir, casi **¡07 años después de haber adquirido el bien!** Lo cual, pues, constituye una grave negligencia que el Derecho no puede tolerar y de hecho no tolera, al establecer en el art. 2022 del Código Civil, concordante con el artículo

⁸¹ Ello, conforme al art. 1101 del Código Civil, concordante con los arts. 887, 889 y 1102 de tal Código; a la doctrina y a la jurisprudencia.

1135 del mismo Código y con el artículo 533 del Código Procesal Civil, que para oponer un derecho de propiedad a quien también tiene derecho sobre el mismo bien, es indispensable su inscripción **oportuna**. Por lo que declarar fundada la demanda de tercería de propiedad interpuesta por la actora, como lo ha hecho el juez de primera instancia, no solo es contrario al Derecho sino además un premio a la negligencia.

Tampoco se entiende cómo la demandante realizó cuantiosas construcciones en un bien cuya propiedad todavía no se había inscrito a su favor, y lo que es peor aún, sabiendo que sus vendedores (los esposos López-Malca) se negaron reiteradamente a otorgarle la respectiva escritura pública de transferencia para lograr tal inscripción. Por último, es criticable que la demandante no defendiera su derecho de propiedad cuando fue notificada en el proceso de ejecución de garantías iniciado por el banco demandado contra los esposos López-Malca, en mayo de 2002. La actora no accionó en dicho proceso, sino que lo hizo en abril de 2003 mediante el presente proceso de tercería de propiedad. ¿Quién puede esperar un año para defender su inmueble que está a punto de ser rematado? Por todo lo cual, como se dijo, la actuación procesal de la demandante y, sobre todo, de sus abogados, fue muy mala.

3.2. Actuación procesal del demandado Banco Wiese Sudameris

El demandado Banco Wiese Sudameris tuvo una correcta y destacada actuación procesal. En efecto, tanto la contestación de la demanda como el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (sus actos procesales principales) contienen una sólida fundamentación fáctica y, sobre todo, jurídica. Ello se aprecia cuando el banco demandado señala, en primer lugar, que “... *el contrato privado de compra venta de fecha 17.12.1993 no resulta oponible a nuestra hipoteca, toda vez que conforme a lo establecido por los artículos 2014°, 2016° y 2022° del Código Civil, referentes a los principios de fe registral, prioridad registral y oponibilidad de derechos reales, para la procedencia de la tercería de propiedad no es suficiente la existencia de un documento de fecha cierta por el que se realiza la transferencia, sino sobre todo es necesario que el derecho reclamado se haya inscrito con anterioridad al que se opone o pretende excluir...*” (fundamentos 3 de la contestación, y 12 de la apelación). Dicha afirmación se ajusta a Derecho, conforme a lo expuesto anteriormente.

En segundo lugar, el banco demandado indica que “*es claro que por esta cláusula [se refiere a la segunda cláusula de la hipoteca], todo lo que posteriormente se construya, edifique, independice o adhiera al bien hipotecado se encuentra igualmente afectado por la garantía...*” (fundamentos 2 y 3 de la apelación, y 6 de la contestación). Como ya se expuso anteriormente, la hipoteca también se extiende a todas las *partes integrantes* (como las nuevas construcciones) que se incorporan en el bien hipotecado *después de la celebración de la hipoteca*, sea por el hipotecante o por un tercero adquirente del bien. Así, lo afirmado por el banco demandado armoniza con nuestro ordenamiento jurídico. Lo cual es reforzado con la cita doctrinaria hecha por el banco demandado en el fundamento 8 de su recurso de apelación, donde se consigna lo señalado por el connotado jurista nacional Martín Mejorada Chauca.

Y en tercer lugar, respecto a la “*hipoteca de bienes futuros*”, el banco demandado propugna lo siguiente: «Este análisis a nuestro entender resulta apresurado, ya que la referencia o definición de nuestro ordenamiento civil, es diferente a la señalada por la sentencia (...), los bienes futuros a los cuales hace alusión el artículo en comento [1106 del Código Civil], se refiere a bienes indeterminables, expectantes y ulteriores, y no a una futura construcción sobre un bien determinado...» (fundamentos 10 y 11 de la apelación). Afirmación esta que armoniza con lo expuesto anteriormente, en el sentido de que la “hipoteca de bienes futuros” y la “extensión de la hipoteca a las construcciones posteriores a la hipoteca”, son instituciones distintas, pues la primera es aquella que recae sobre un bien inexistente al celebrarse la hipoteca, mientras que la segunda se produce en función de un bien existente, como es el bien hipotecado donde se realizan las posteriores construcciones.

Adicionalmente, cabe reconocer el acierto del banco demandado al realizar citas doctrinarias y de jurisprudencia tocantes al tema controvertido, lo cual supone una sólida fundamentación jurídica basada no solamente en la ley y en los Códigos –lo que la mayoría de abogados hace–, sino también en la doctrina y la jurisprudencia. Así, pues, reiteramos que la actuación procesal del banco demandado fue correcta y destacada. Y hubiera sido brillante si no fuera por un error en que a nuestro juicio el banco demandado ha incurrido, pero no determinante en el resultado del proceso. En efecto el banco demandado considera y solicita, tanto en su contestación cuanto en su

apelación que la demanda debió declararse **improcedente** por contener un **petitorio jurídicamente imposible**, conforme al artículo 427, inciso 5, del Código Procesal Civil. No compartimos tal afirmación, toda vez que el petitorio o pretensión de una demanda, así como el objeto de cualquier acto jurídico, es jurídicamente imposible cuando está prohibido por la ley, como por ejemplo, pretender vender un bien de dominio público. Pero el pretender que se deje sin efecto el remate o ejecución de un bien, por ser el interesado propietario de dicho bien y no el deudor ejecutado, no está prohibido por la ley. Antes bien, es una pretensión permitida por ley, precisamente, mediante el proceso de tercería de propiedad.

3.3. Actuación procesal de los codemandados, los esposos López-Malca

La actuación procesal del codemandado Juan Manuel López Huamán (y de su abogada) fue muy mala, puesto que su escrito de allanamiento y reconocimiento de demanda (su único acto procesal), contiene un grueso error (comprensible en él, mas no en su abogada, por obvias razones). En efecto, como indicamos en el “Análisis formal del proceso”, dicho acto procesal no cumplió con el requisito previsto por el artículo 332, inciso 6, del Código Procesal Civil: habiendo litisconsorcio necesario pasivo, el allanamiento debe ser de todos los demandados. Es decir, los demandados Banco Wiese Sudameris y Aída Malca Hernández no se allanaron ni reconocieron la demanda, por lo que aún persistía la controversia. Razón por la cual, dicho escrito de allanamiento y reconocimiento fue declarado improcedente por resolución nro. 04, conforme al precitado art. 332 del mismo Código. Además, no se tuvo en cuenta que el referido allanamiento tampoco cumplió el requisito de legalización de la firma de dicho codemandado, a que se contrae el art. 330 de tal Código.

La codemandada **Aída Isolina Malca Hernández** no contestó la demanda pese a haber sido bien notificada, conforme al cargo de notificación respectivo, por lo que en efectividad del apercibimiento decretado por resolución 02 (autoadmisorio) y en aplicación del art. 458 del Código Procesal Civil, fue declarada **rebelde** mediante resolución número 04.

Por lo demás, debemos señalar y reprochar el comportamiento deshonesto y tal vez delictivo de los referidos codemandados, al haber ocultado al banco demandado que los aires de su inmueble que habían hipotecado a favor de dicho banco, los

habían vendido a la demandante antes de dicha hipoteca. Incluso engañaron a dicho banco al sostener en la sexta cláusula del contrato de hipoteca, que sobre el inmueble hipotecado no pesaba ningún gravamen, embargo o responsabilidad alguna y que no estaba afecto a acto o contrato restrictivo de su libre disposición. Ello con el claro propósito de obtener un provecho económico como es el crédito hipotecario. Nos preguntamos si ello no constituye el delito de estafa. De ahí que, justamente, el banco demandado los denunciara por dicho delito. Es por dicha indebida conducta que se inició el presente proceso de tercería de propiedad.

3.4. Actuación procesal de los órganos jurisdiccionales

La actuación procesal del juzgado de primera instancia fue desacertada, pésima y muy lamentable, habida cuenta de los graves errores jurídicos de la sentencia emitida por dicho juzgado (su acto procesal principal). Dichos errores ya han sido expuestos y analizados en el ítem “Análisis sustantivo o de fondo”, a donde nos remitimos. Son prácticamente los mismos errores que los cometidos por la demandante. Si, como se dijo, dichos errores son deplorables en los abogados patrocinantes, por ser estos –se supone– especialistas en Derecho; más deplorables aún son en los jueces, que tienen a su cargo la delicada y noble función de administrar “justicia”, es decir, de aplicar y declarar el Derecho. Por lo que los jueces deben estar tanto o más preparados que los abogados litigantes, con el fin de expedir sentencias acordes con el Derecho, esto es, justas, porque el fin supremo del Derecho es la justicia. «El derecho es lo justo y lo verdadero», decía Víctor Hugo en *Los miserables*⁸².

Afortunadamente, la actuación procesal de los jueces de segunda instancia y de la Corte Suprema fue, en el presente caso, muy acertada, ya que tanto la sentencia de vista como la de casación tienen una sólida fundamentación jurídica, particularmente la de casación. En efecto, consideran tales órganos jurisdiccionales: a) que en materia de tercería de propiedad sobre inmuebles es aplicable el art. 2022 del Código Civil (cuando el derecho de propiedad se opone a otro derecho real). Es decir, que no basta con acreditar ser propietario del inmueble materia de ejecución para que la demanda prospere, sino que se requiere además que el derecho de propiedad que se opone se haya inscrito antes que el derecho al cual se opone; b) que conforme a los artículos

⁸² *Los miserables*, vol. II, libro primero, p. 11.

1101, 887, 889 y 1102 del Código Civil, las nuevas construcciones que se incorporan en el bien hipotecado con posterioridad a la hipoteca, sean realizadas por el propio hipotecante o por un tercero adquirente del bien, también quedan comprendidas en la hipoteca, por ser *partes integrantes* del bien hipotecado; y, c) que esto último no es una “hipoteca de bienes futuros”, por lo que es impertinente invocar el artículo 1106 del Código Civil, que proscribe dicha hipoteca. Todo lo cual, pues, armoniza con el Derecho y con lo expuesto en el marco teórico del presente informe. Es por todo ello que los jueces de segunda instancia revocaron la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda y, reformándola, se declaró **infundada**. Y asimismo, la Corte Suprema declaró **infundado** el recurso de casación de la demandante contra la referida sentencia de vista.

CONCLUSIONES DEL CASO

1. Cuando en la demanda de tercería de propiedad se opone el derecho de propiedad frente a otro derecho real, sobre un mismo inmueble materia de ejecución, para que tal demanda prospere no basta con ser propietario del inmueble objeto de ejecución: se requiere además que el derecho de propiedad que se opone se haya inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone; conforme al art. 2022 del Código Civil, concordante con el art. 533 del Código Procesal Civil.
2. La mencionada inscripción registral no es de ninguna manera para demostrar que el demandante tiene el derecho de propiedad sobre el bien objeto de ejecución, pues en nuestro país la propiedad de un bien inmueble se transfiere por el solo consenso de las partes, acorde al artículo 949 del Código Civil. Dicha inscripción registral es para *oponer con éxito* el derecho de propiedad, frente al derecho real del demandado ejecutante sobre el mismo bien.
3. En la tercería de propiedad no se discute si el demandante tiene o no derecho de propiedad sobre el bien objeto de ejecución, pues la acreditación de tal derecho es solo un requisito de admisibilidad de la demanda, según el artículo 535 del Código Procesal Civil. Lo que se discute es si tal derecho de propiedad prevalece o no frente al derecho real o personal del ejecutante sobre el mismo bien.
4. El derecho de hipoteca se extiende también a las nuevas construcciones que se realizan en el bien hipotecado con posterioridad a la celebración de la hipoteca, sea por el propio hipotecante o por un tercero adquirente del bien, por ser técnicamente *partes integrantes* del bien hipotecado; a tenor del artículo 1101 del Código Civil, en congruencia con los arts. 887, 889 y 1102 del mismo Código.
5. No debe confundirse dicha figura de “extensión de la hipoteca” con la “hipoteca de bienes futuros” (prohibida por el art. 1106 del Código Civil), porque son figuras jurídicas disímiles. La primera se produce en función de un bien existente como es el bien hipotecado donde se realizan las nuevas construcciones. La segunda recae sobre un bien totalmente inexistente al celebrase la hipoteca.
6. La referida extensión de la hipoteca tampoco constituye un “abuso del derecho” o un “ejercicio abusivo de un derecho”, que la Constitución (art. 103) y el Código Civil

(art. II del Título Preliminar) no amparan; toda vez que la extensión de la hipoteca es por sí misma un derecho reconocido por la ley a los acreedores hipotecarios; y no se debe confundir tal derecho con el ejercicio abusivo de ese derecho.

7. Solo mediante su inscripción registral oportuna, el derecho de propiedad inmueble puede surtir *plena y eficazmente* sus conocidos e inherentes efectos *erga omnes*; pues no se puede oponer eficazmente a terceros un derecho que no se conoce mediante la *publicidad* registral. Prueba de ello es el presente proceso de tercería de propiedad donde un derecho de propiedad legalmente adquirido pero no inscrito oportunamente, no pudo prevalecer frente a otro derecho real (de hipoteca) inscrito oportunamente.

BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José. *Derechos Reales*. Biblioteca del derecho de propiedad, n.º 01, Gonzales Barrón, Gunther (director). Jurista Editores, Lima, 2015.
2. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. T IV. Con la colaboración de Cárdenas Quiros, Carlos, Arias Schreiber Montero, Ángela y Martínez Coco, Elvira. Librería Studium, Lima, 1991.
3. ARIANO DEHO, Eugenia. “Las tercerías de propiedad en el C.P.C. de 1993: sus problemas y sus atajos”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia. Cuadernos Jurisprudenciales*, nro. 39, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
4. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge y AVENDAÑO ARANA, Francisco. “Apuntes sobre la extensión objetiva de la hipoteca y la oponibilidad de los actos de disposición sobre el bien hipotecado”. En: *Ius et veritas* [en línea], nro.35, 2007.
5. AVENDAÑO ARANA, Francisco. “La extensión de la hipoteca”. En: *Themis. Revista de Derecho* [en línea], Lima, N.º 26, 1993.
6. BIGIO CHREM, Jack. “La compraventa y la transmisión de propiedad”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen I, 10 ma. ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.
7. BIGIO CHREM, Jack. En: *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil*. Cultural Cuzco, Lima, 1984.
8. BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. T. I. Traducido por José María Cajica Jr. Editorial José María Cajica, Jr., Puebla-México, 1945.
9. COUTURE, Eduardo. *Los mandamientos del abogado*. Centro de Investigaciones Jurídicas Norte. Chimbote-Perú, 1999.
10. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III. 7ma. ed. Tecnos, Madrid, 2001.
11. HORNA ZEGARRA, Zoila. “La extensión de la hipoteca. Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional”. *Themis. Revista de Derecho* [en línea], nro. 40, 2000.
12. JIMÉNEZ PARÍS, Teresa. *La publicidad de los derechos reales y el registro de la propiedad en España* [en línea]. 2016.
13. LAMA MORE, Héctor. “Análisis del nuevo texto del artículo 533º del Código Procesal Civil y la tercería de propiedad contra hipotecas”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, año 3, número 5, Lima, 2009.

14. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo II. 2da. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.
15. MEJORADA CHAUCA, Martín. “La extensión de la hipoteca”. En: *Las Garantías Reales*. Gaceta Civil y Procesal Civil. Gaceta Jurídica, Lima, 20014.
16. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Vol. XVI, Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú, biblioteca Para Leer el Código Civil, Lima, 1994.
17. PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar. *La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo* [en línea].
18. RAMÍREZ CRUZ, Eugenio. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. RODHAS, Lima, 1996.
19. SIRGADO DÍAZ, Emil. “El negocio jurídico, la abstracción y el Derecho civil alemán”. *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* [en línea], Santiago, nro. 06, diciembre 2014.
20. STAGL, Jakob. “La transferencia de la propiedad en la compraventa de bienes muebles en el Derecho privado europeo”. *Revista chilena de derecho privado* [en línea], nro.26, julio 2016.
21. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil*. T II. 8va. ed. IDEMSA, Lima, 2016.
22. VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. *Derechos Reales de Garantía*. Tomo III. 3ra. ed. San Marcos, Lima, 2003.

**INFORME DEL EXPEDIENTE SOBRE
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO**

CAPÍTULO I

RESUMEN DEL PROCESO JUDICIAL

1. DATOS GENERALES DEL PROCESO

1.1. Expediente Nro.:

1006-2009-0-2501-JR-LA-06

1.2. Materia:

Indemnización por despido arbitrario

1.3. Demandante:

Alfonso Polidoro Ruíz Gómez

1.4. Demandada:

Venecia Restaurant S.C.R.L.

1.5. Órgano Jurisdiccional de primera instancia:

Sexto Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia del Santa (CSJSA), a cargo del juez José Luis Guerra Lu; y luego, a cargo del juez Dwight García Lizárraga.

1.6. Órgano jurisdiccional de segunda instancia:

Sala Laboral de la CSJSA, integrada por los vocales Raúl Rodríguez Soto, Wilson Chiu Pardo y Carmen Caveró Lévano (Ponente).

2. LA DEMANDA

2.1. Pretensión

Con fecha 18 de mayo de 2009, don Alfonso Polidoro Ruiz Gómez interpuso demanda de indemnización por despido arbitrario contra Venecia Restaurant S.C.R.L., a fin de que esta empresa le pague la suma total de S/. 6,777.12 (Seis mil setecientos setenta y siete con 12/100 Soles), más intereses legales, costas y costos del proceso; por concepto de indemnización por despido arbitrario.

2.2. Fundamentos de hecho de la demanda

Manifiesta el demandante que fue trabajador estable de la demandada desde el 01 de diciembre de 1991 hasta el 22 de abril de 2009, fecha en que fue despedido

injustificadamente por la demandada. Que trabajó como “Barman” de la empresa demandada, cumpliendo sus labores con honradez y responsabilidad. Refiere que el 22 de abril de 2009, al llegar a su centro de labores, la Srta. Verónica Venegas Beltrán, hija de la gerente de la empresa demandada, le dijo que él ya no trabajaría más para su restaurante y que en su reemplazo estaba trabajando otra persona. Que al pedirle explicaciones por la decisión tomada, le manifestó que era porque había un faltante en la Caja por la suma de S/. 1,018.06, a lo que él le respondió que dicho dinero estaba en poder de él, en el cajón donde guardaba sus cosas personales, donde lo había guardado por seguridad, para entregarlo al siguiente día; que se trataba de un mal entendido y que mañana le entregaría dicho dinero, porque se había olvidado en su casa la llave de su referido cajón. Que dicha señorita lo llevó en seguida a su oficina donde le dijo que él había cogido plata de la Caja y que era un ladrón, obligándole a firmar un memorándum de fecha 22 de abril de 2009, y exigiéndole que fuera a su casa a traer la llave para abrir su cajón. Indica que fue a su casa pero que no regresó a la empresa, porque con solo pensar que se quedaba sin trabajo para alimentar a sus hijos se le subió la presión y estuvo en absoluto reposo.

Señala que al día siguiente, el 23 de abril de 2009, más tranquilo, regresó al restaurante llevando consigo la llave para abrir su cajón y “entregar” el dinero faltante de S/. 1,018.00, que se le exigió; pero que la señorita Verónica le dijo que ya no le entregara dicho dinero, que se lo quedara, pero que ya no podía seguir trabajando en su empresa; y que regresara después para cancelarle sus beneficios sociales. Que como ya no tenía acceso a su centro laboral, se dirigió al Ministerio de Trabajo el 24 de abril de 2009, a fin de denunciar **el despido arbitrario** del que había sido objeto, disponiéndose una verificación de despido para el 07 de mayo de 2009. Refiere que al realizarse tal verificación, **la representante del restaurante demandado manifestó que no se le había despedido, sino que solo se le hizo conocer su falta grave mediante el memorándum del 22 de abril de 2009**; que mediante acta de constatación notarial se indicó que él debería tener un importe de S/.1,018.06, por las ventas de licor y cigarrillos, que él no entregó en su oportunidad; **que el 23/04/2009 se abrió su cajón y solo se encontró S/.2.00 (dos y 00/100 Soles)**, y que como él no puede reponer el dinero, ya no asiste a laborar; lo cual es falso.

Afirma, también, que el día 28/04/2009 absolvió el referido memorándum de fecha 22/04/2009, señalando que su persona no había cometido ninguna falta grave y que su despido era injusto. Que el 29/04/2009, la empresa demandada le entregó una carta notarial de preaviso de imputación de falta grave, por apropiación consumada de bienes del empleador y abandono del trabajo; y otra, pidiéndole que devolviera en el plazo de 24 horas el importe de S/.1,018.06; otorgándosele un plazo de 06 días para que presentara sus descargos. Que el 07/05/2006, hizo su descargo expresando que las imputaciones eran falsas, que el 22/04/2009 no regresó porque se le subió la presión, y que al siguiente día regresó con la llave para abrir su cajón y entregar el dinero, porque él nunca se negó a entregarlo; pero que la señorita Verónica se negó a recibirlo. Indica que el día de la verificación del despido, el 07/05/2009, en presencia del inspector de trabajo “entregó” los S/. 1,018.00 a la señorita Verónica Venegas, según consta en el acta de verificación y el recibo respectivo. Manifiesta, por último, que el 12/05/2009, el restaurante demandado le entregó la carta notarial de despido, por las faltas graves de apropiación consumada de bienes del empleador y abandono de trabajo, lo cual es inaudito; y que no existiendo sustento alguno para el despido, acude al juzgado solicitando el pago de una indemnización por despido arbitrario.

2.3. Fundamentos de derecho

El demandante funda su demanda en los artículos 24 y 26 de la Constitución, que se refieren a la remuneración y al carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores. Y en el art. 25 del T.U.O. del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR; que se refiere a las faltas graves para la procedencia del despido.

2.4. Medios probatorios

Ofrece los siguientes:

- a) Declaración de parte de la representante legal de la empresa demandada.
- b) Boletas de remuneraciones, para acreditar su relación laboral y su cargo.
- c) Memorándum del 22/04/2009, donde se le avisa que había cometido faltas.
- d) Carta notarial de absolución de memorándum del 28/04/2009.
- e) Carta notarial de imputación de falta grave de fecha 29/04/2009.

- f) Carta notarial de 29/04/2009, en donde se le solicita devolver los S/.1,018.00.
- g) Carta notarial de descargo del 07/05/2009, donde absuelve las imputaciones.
- h) Formulario de denuncia de despido ante el Ministerio de Trabajo.
- i) Acta de verificación de despido arbitrario del 07/05/2009.
- j) Carta de despido de 12/05/2009, para acreditar su despido arbitrario.
- k) Recibo del 07/05/2009, para acreditar que entregó el dinero de la empresa.

3. ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Mediante resolución 01, del 20/05/2009, el Sexto Juzgado Laboral de la Corte del Santa admitió a trámite la demanda en la vía del **proceso ordinario laboral**, corriéndose traslado al restaurante demandado a fin de que contestara la demanda en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de seguirse el proceso en su rebeldía.

4. CONTESTACIÓN DEL DEMANDADO

4.1. Petitorio

Mediante escrito nro. 01, del 08/06/2009, el restaurante demandado, representado por doña María Luisa Candelaria Beltrán viuda de Venegas, contesta la demanda solicitando que sea declarada **infundada**, con expresa condena de costas y costos del proceso, por los siguientes fundamentos de hecho y de derecho.

4.2. Fundamentos de hecho

Señala la demandada que, efectivamente, el demandado trabajó para ellos como Mozo hasta el 22/04/2009, **fecha en que fue despedido por haber cometido una falta grave en contra de la empresa**, por lo que el demandante miente y actúa de mala fe aduciendo que fue despedido arbitrariamente, cuando lo cierto es que **fue despedido por las causales establecidas por el D. Leg. N.º 728, no habiéndose vulnerado su irrestricto derecho de defensa, sino que ejerció tal derecho en los plazos que se le dio.**

Afirma que el 22/04/2009, luego del arqueo de caja y teniendo el demandante la custodia del dinero que ingresaba por las ventas del día, advirtieron que faltaba la cantidad de S/. 137.10; por lo que frente a tal hecho, se le cursó al demandante el

memorándum del 22/04/2009, mediante el cual nunca se le despidió arbitrariamente, sino que solo se le avisó lo sucedido y se le pidió tener un mejor desenvolvimiento en su trabajo. Que el demandante no ha probado que se le impidió el ingreso al trabajo, pues no ha presentado ningún acta de constatación policial respectiva. Que ese mismo día se le solicitó también al demandante que diera cuenta de la otra caja chica que manejaba solo él, donde se depositaba un dinero adicional por la venta de cigarrillos, conservas de durazno y cóctel de frutas, y que de los cuadernos que él manejaba se apreciaba un saldo total de S/. 1,018.06, que debía estar depositado en esa caja. Que, sin embargo, él se negó a abrir dicha caja, teniendo él la única llave para abrirla, señalando que no había traído dicha llave y solicitando permiso para ir a traerla de su casa, a fin de que no se rompiera la chapa; permiso que se le concedió, pero que no regresó ese día, sino que después de varios días regresó consiente de que él había sustraído el dinero y se lo había llevado fuera de la empresa, razón por la cual quiso devolverlo después.

Indica que luego el demandante se entrevistó con ellos, pidiendo las disculpas por haber agarrado el dinero sin su autorización y queriendo devolverlo, pero que ese dinero ya había sido apropiado en forma ilícita por el accionante, **hecho que deviene en falta grave, lo cual quedó corroborado con el acta de constatación notarial de fecha 23/04/2009.** Que al día siguiente se procedió a abrir dicha caja en presencia del notario, donde debían estar los S/. 1,018.06; **sin embargo, solo había S/.2.00 (dos y 00/100 Nuevos Soles), lo cual quedó anotado en el acta notarial antes referida.** Que ante tal hecho en su agravio, le cursaron al demandante la carta notarial de fecha 29/04/2009, por la cual se le pidió que en el plazo de 24 horas devolviera el dinero sustraído por él; **así como la carta de imputación de falta grave, documento que fue absuelto por el demandante mediante carta notarial de fecha 07/05/2009.**

Manifiesta que el 07/05/2009, se realizó la verificación de despido por parte de la autoridad administrativa, donde el actor reconoció haberse apropiado del dinero y procedió a devolverlo en dicho acto, lo cual quedó corroborado con el acta de verificación de despido y con el recibo de entrega de dinero, quedando así probado que el dinero salió de la empresa sin el consentimiento de esta, y devuelto después de más de 15 días. Y que por todo ello, el 12/05/2009 se le cursó al actor carta notarial

de despido por falta grave, procediendo también a denunciarlo penalmente por los delitos de apropiación ilícita y hurto agravado.

4.3. Fundamentos de derecho

Funda su contestación en el T.U.O. del Decreto Legislativo N.º 728.

4.4. Medios probatorios

El banco demandado ofrece los siguientes medios probatorios:

- a) Carta notarial de fecha 28/04/2009, cursada por el demandante
- b) Carta notarial de fecha 29/04/2009, cursada al demandante.
- c) Carta notarial de imputación de falta grave del 29/04/2009.
- d) Carta de absolución del demandante de fecha 07/05/2009.
- e) Carta notarial de despido por falta grave, de fecha 12/05/2009.
- f) Acta de constatación notarial de fecha 23/04/2009.
- g) Copia de la denuncia por delito de apropiación ilícita.
- h) Acta de verificación de despido arbitrario de fecha 07/05/2009.
- i) Copia de resolución de archivo de expediente administrativo.

5. ADMISIÓN DE LA CONTESTACIÓN

Mediante resol. 02, de fecha 08 de junio de 2009, el juzgado tuvo por contestada la demanda y señaló fecha para la audiencia única (08 de julio del mismo año).

6. AUDIENCIA ÚNICA

Con fecha 08 de julio de 2009, se realizó la audiencia única donde, mediante resolución nro. 05, se declaró la existencia de una relación jurídico procesal válida entre las partes y, por ende, saneado el proceso. Promovida la conciliación, la misma no se produjo. Se fijaron como puntos controvertidos del proceso: a) determinar si le corresponde o no al demandante el pago de indemnización por despido arbitrario; y, b) determinar a cuánto ascendería el monto de dicha indemnización. Y se admitieron y actuaron los medios probatorios ofrecidos por las partes.

7. SENTENCIA

Mediante resolución nro. 32, de fecha 03 de marzo de 2011, el Sexto Juzgado Laboral de la Corte del Santa emite sentencia declarando **infundada** la demanda, y ordenando el archivamiento definitivo del proceso. Los principales fundamentos de dicha sentencia son los siguientes:

a) Que el asunto controvertido a resolver es si el despido del demandante fue arbitrario, como indica el actor, o si por el contrario, fue por falta grave consistente en la apropiación consumada de bienes del empleador y el abandono del trabajo por más de tres días, como sostiene la empresa demandada. (Quinto considerando).

b) Que mediante el memorándum de fecha 22/04/2009, obrante en autos a folio 4, no se le había despedido al demandante, sino simplemente la empresa demandada le llamó la atención por el faltante de S/. 137.00, de la caja chica de dicha empresa. (Sexto considerando).

c) Que se está acreditado que el demandante sustrajo de la caja de la demandada la suma de S/. 1,018.06, lo cual se puso en conocimiento del demandante mediante la carta de imputación de falta grave de fecha 29/04/2009, obrante en autos, donde se le imputa al actor la apropiación consumada de bienes del empleador y el abandono del trabajo por más de tres días, consignándose además en dicha carta que el 22/04/2009 se le pidió al actor que rinda cuenta de la caja chica que él manejaba, negándose a abrir dicha caja y solicitando permiso para ir a su casa a traer la llave, pero que no regresó a la empresa sino después de varios días. (Séptimo considerando).

d) Que tal hecho fue aceptado por el propio demandante, como se aprecia de su carta de respuesta de fecha 07/05/2009, obrante a folio 11, en la que el demandante señala que se estaba creando un malentendido y que el dinero se encontraba en el cajón donde guarda sus cosas personales; que lo entregaría mañana porque se había olvidado la llave en su casa. Que la demandada le exigió que fuera a su casa a traer la llave para que abriera dicho cajón, pero que ya no regresó a la empresa porque de solo pensar que se quedaría sin trabajo con que alimentar y educar a sus hijos, se le subió la presión y estuvo en absoluto reposo. Que con ello el demandante no solo acepta haber sustraído la suma de S/. 1,018.06, sino también que hizo caso omiso al

pedido de la demandada de ir a su casa a traer la llave del cajón para abrirlo y devolver el dinero mencionado. Dinero que no se encontraba en la caja, como se acredita con el acta de constatación notarial de folio 76, donde se indica que sólo se encontró S/. 2,00 (dos y 00/100 Soles). Que es por ello que se le cursó al demandante la carta de despido. (Séptimo considerando).

e) Que al acreditarse fehacientemente la sustracción del dinero de la empresa demandada por el trabajador demandante, ello configura la falta grave prevista por el artículo 25, inciso c), del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. Y que conforme al material probatorio de autos, la demandada ha cumplido con el procedimiento de despido por falta grave previsto por el artículo 31 de la precitada norma. Por lo tanto, al no haberse acreditado despido arbitrario alguno, la demanda resulta infundada. (Octavo y noveno considerandos).

8. APELACIÓN DE LA SENTENCIA

Mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2011, el demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada, bajo los siguientes argumentos:

a) Que lo afirmado en el sexto considerando de la sentencia apelada es erróneo, pues al demandante sí se le despidió el día 22/04/2009, tal como se acredita con las propias declaraciones de la empresa demandada hechas en su contestación y en las certificaciones de cese expedidas por ella, donde se reconoce que el demandante fue despedido en dicha fecha.

b) Que en el despido del demandante no se observó el procedimiento previsto por el art. 31 del D.S. N.º 003-97-TR, o sea, no se observó el debido procedimiento administrativo sancionador que merece todo trabajador cuando se le imputa una falta grave. Que primero se le debió cursar al actor una carta de imputación de cargos, otorgándosele un tiempo prudencial para ejercer su defensa, para después cursarle la carta de despido; está prohibido despedir primero y luego aparentar un procedimiento administrativo de despido.

c) Que en el séptimo considerando el juzgado incurre nuevamente en error, al señalar que el actor ha aceptado haber sustraído la suma de S/. 1,018.06 de la caja chica de la demandada, lo cual es falso, pues cuando la empresa le cursó la carta de

fecha 29/04/2009, él ya había sido despedido el 22/04/2009. Que si bien es cierto que el 22/04/2009, le manifestó a la empresa demandada que abriría la caja chica para devolverle la referida suma de dinero, también lo es que el día siguiente, o sea, el 23/04/2009, él regresó a la empresa y se dirigió a la Srta. Verónica Benegas a fin de devolverle físicamente la referida suma de S/. 1,018.06, lo cual sí se produjo; pero esta le entregó dicho dinero como parte de sus beneficios sociales, para después aparentar que se trataba de una supuesta apropiación.

d) Y que el juzgado también se equivoca al sostener que el acta de constatación notarial de fecha 23/04/2009 prueba que su persona sustrajo el mencionado monto de dinero, porque, como acaba de decir, él devolvió dicho dinero a la Srta. Verónica Venegas el 23 de abril de 2009, y porque las representantes de la empresa emplazada tenían pleno acceso a la caja chica; por lo que el accionar de la demandada ha sido el de fabricar pruebas para despedirlo arbitrariamente.

9. CONCESIÓN DE LA APELACIÓN

Por resolución nro. 33, de 22 de marzo de 2011, se concedió al demandante apelación con efecto suspensivo contra la sentencia antes referida, ordenándose se remita el expediente al superior jerárquico.

10. SENTENCIA DE VISTA

Mediante resolución nro. 37, de fecha 30 de junio de 2011, la Sala Laboral de la Corte del Santa emite sentencia de vista resolviendo, en primer lugar, las cuestiones incidentales del proceso⁸³, y en segundo lugar, el tema de fondo, **confirmando** la sentencia de primera instancia, por los siguientes fundamentos:

a) Que un despido es justificado o legítimo cuando la decisión del empleador se sustenta en una causa justa de despido prevista en la ley y debidamente acreditada en

⁸³ Referidas a la exhibición por parte de la demandada de los libros de planillas de todo el record laboral del demandante. La demandada apeló la resolución 05 que admitió dicha exhibición, señalando que el proceso no versa sobre pago de beneficios sociales sino sobre despido arbitrario. El juez declaró **improcedente** dicha apelación mediante resolución 07, por ser la resolución apelada un decreto de mero trámite. Contra dicha resol. 07, la demandada formuló **apelación**, la misma que fue **concedida** por el juez mediante resol. 08, sin tener en cuenta que conforme a los artículos 60 de la Ley Procesal del Trabajo y 401 del Código Procesal Civil, contra la resolución que declara improcedente un recurso de apelación procede el recurso de **queja**. Es por ello que en la sentencia de vista se declara nulo el concesorio de apelación de la resol. 07 e improcedente tal apelación. El demandante había formulado nulidad contra el referido concesorio de apelación, la misma que fue declarada infundada por el juez mediante resolución 11, la misma que fue apelada por el demandante; pero al haberse ya anulado el concesorio de apelación, en la presente sentencia de vista también se resuelve que carece de objeto pronunciarse sobre dicha apelación del demandante.

el procedimiento de despido, donde se debe respetar el derecho al debido proceso. (Sexto considerando).

b) Que en el caso de autos, la empresa demandada despidió al actor imputándole la comisión de faltas graves, por la presunta apropiación consumada de bienes del empleador y el abandono del trabajo por más de tres días, faltas previstas en los incisos c) y h) del artículo 25 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR; imputación contenida en la carta notarial de preaviso de fecha 29/04/2009, y en la carta notarial de despido del 12/05/2009, obrante a folios 9 y 21 de autos. (Séptimo considerando).

c) Que con respecto a la fecha de despido del demandante, si bien es cierto que en autos aparecen dos certificados de cese expedidos por la empresa demandada, en las que aparece como fecha de término de la relación laboral el 22/04/2009, también lo es que tales certificados fueron otorgados para la cancelación de la compensación de tiempos de servicios del demandante, por lo que tal fecha no se refiere al despido sino hasta cuando laboró efectivamente el actor. (Noveno considerando).

d) Que respecto a la apropiación indebida de la suma de S/.1,018.06 que se le atribuye al demandante, lo argumentado por este en el sentido que dicha imputación es falsa, resulta inverosímil e incoherente, pues el demandante no ha podido explicar cómo así se puso mal de salud cuando la empresa demandada le reclamó el dinero. Que, asimismo, **conforme al acta de constatación notarial de fecha 23/04/2009, cuando se abrió la caja solo se encontró en ella S/. 2.00 (dos Nuevos Soles).** Que el demandante tampoco ha probado que la demandada le haya entregado dicha suma de S/.1,018.06 como pago de sus beneficios sociales. **Más aún si se ha acreditado que en la diligencia de inspección de despido realizado por el Ministerio de Trabajo el 07/05/2009, el demandante devolvió la referida suma a la empresa demandada.** Por todo lo cual se concluye que el demandante fue despedido en forma justificada, al haberse comprobado la comisión de la falta grave prevista en el inciso c) del artículo 25 del D.S. N.º 003-97-TR, consistente en la apropiación de bienes del empleador. (Considerando 10).

11. RECURSO DE CASACIÓN

Mediante escrito del 10/08/2011, el demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista antes referida, sustentando dicho recurso en la causal de inaplicación de una norma de derecho material, prevista por el artículo 56, inciso c), de la Ley Procesal del Trabajo N.º 26636. Respecto a lo cual señala el demandante que la Sala Laboral de la Corte del Santa debió aplicar el artículo 31, tercer párrafo, del D.S. N.º 003-97-TR, el cual establece que para la imputación de falta grave al trabajador, así como para el despido, el empleador debe observar el principio de inmediatez. Que, **“el apoderamiento de S/. 1,018.06 se produjo el 22 de abril de 2009”**, y desde esa fecha en que se conoció **“la comisión de la falta grave”**, la demandada recién le cursó la carta de imputación de falta grave el día 29/04/2009, mientras que su carta de descargo la remitió el 07/05/2009, y la carta de despido se le cursó el 12/05/2009; y **“la entrega del monto apropiado”** fue el 07/05/2009. Por lo que la empresa demandada actuó en forma tardía, violando el principio de inmediatez.

12. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

Mediante resolución nro. 38, de fecha treinta y uno de agosto de 2011, la Sala Laboral de la Corte del Santa declaró **improcedente** el recurso de casación antes mencionado, por no cumplir el requisito de procedencia previsto por el artículo 55, literal b), de la Ley Procesal del Trabajo: que el monto de la pretensión supere las 100 Unidades de Referencia Procesal. Lo cual no ocurrió en el caso de autos.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

I. EL DESPIDO POR FALTA GRAVE EN EL DERECHO LABORAL PERUANO

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico laboral regula la institución del despido en los artículos 22 a 42 del T.U.O. del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR (en adelante, LPCL). De acuerdo con el artículo 16, inciso g), de tal norma, el despido es una causa de extinción del contrato de trabajo. Otras causas de extinción del contrato de trabajo son la muerte del trabajador o del empleador (si es persona natural), la renuncia del trabajador, el fin de la obra o servicio, el vencimiento del plazo en los contratos laborales temporales, la jubilación, etc. Pero el despido es, sin duda, la más controvertida y sensible, entre otras razones, porque obedece a la voluntad unilateral del empleador, que no siempre es justa o razonable. De ahí que el despido genere la resistencia no solo del trabajador, sino también de la sociedad en su conjunto. Razón por la cual nuestra legislación laboral regula el despido en forma cuidadosa, extensa y detallada, señalando en qué casos y en qué forma procede, sus tipos y sus efectos.

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DESPIDO

En términos comunes, el despido es el acto por el cual un trabajador pierde o se ve privado de su trabajo por decisión justificada o injustificada de su empleador. En términos jurídicos el despido es, como lo adelantamos, una causal de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador que, a su vez, puede o no sustentarse en una causa justificada prevista por la ley. Cuando el despido no se sustenta en una causa prevista por la ley, estamos frente a un despido arbitrario o injustificado que el Derecho laboral sanciona, como lo veremos después. En la línea de lo expuesto, Javier Arévalo y Oxal Ávalos señalan que «el despido constituye una causal de terminación de la relación laboral atribuible a la voluntad unilateral del empleador, pudiendo fundarse en la presencia de una causa justa prevista por la ley o carecer de la misma, acarreando en este último caso las responsabilidades que la

legislación establece»¹. El profesor Jorge Toyama, por su parte, sostiene que «... el despido supone la extinción del contrato de trabajo derivada de la voluntad del empleador...»². Mientras que Carlos Blancas anota que los autores «coinciden en destacar el rol decisivo que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, en forma independiente a la existencia o ausencia de causa justificada o a cual fuera ésta, calificando con dicha expresión [despido] a toda extinción de la relación de trabajo que reconozca en la voluntad del empleador su fuente productora»³.

De lo expuesto se advierte que el despido presenta las siguientes características, siguiendo a Montoya Melgar: a) es un acto unilateral del empleador, pues para que se produzca y sea eficaz no se requiere del consentimiento del trabajador, solo obedece a la voluntad del empleador; b) es un acto constitutivo, toda vez que el empleador no lo propone sino que lo realiza directamente; c) es un acto recepticio, puesto que debe ser conocido por el trabajador para que surta sus efectos; y, d) es un acto extintivo, porque pone fin a la relación laboral⁴. A lo cual debemos agregar dos características fundamentales, a saber: e) es un acto causal, por cuanto para su eficacia jurídica se requiere de una causa o motivo justificativo previsto por la ley; y, f) es un acto formal o procedimental, pues para que tenga validez jurídica debe observar la forma o procedimiento prescrito por la ley, en el que se respete el derecho de defensa del trabajador. De estas dos características da cuenta el art. 16, inciso g), de la LPCL, al señalar que el despido extingue el contrato laboral “*en los casos y forma*” permitidos por la ley.

3. CAUSAS JUSTIFICATIVAS DEL DESPIDO

Como acabamos de decir, una de las características esenciales del despido es su causalidad, es decir, es un acto eminentemente causal, pues para que tenga validez jurídica debe fundarse en una causa razonable y trascendente prevista por la ley que lo justifique, vale decir, en una causa justa, sin la cual el despido será injustificado o arbitrario. Como indica Jorge Toyama, “... hablar del despido implica que ajustemos

¹ ARÉVALO VELA, Javier y ÁVALOS JARA, Oxal. *Causas y efectos de la extinción del contrato de trabajo*. Grijley, Lima, 2007, p. 95.

² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Faltas graves y proceso de despido”. En: *Manual de Actualización Laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 32.

³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. ARA Editores, Lima, 2002, p. 48.

⁴ MONTOKA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 11ava edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 431.

su definición a ciertas exigencias que justifiquen su ejercicio; tales requerimientos constituyen el carácter causal del despido, en el sentido que la relación de trabajo solo puede ser disuelta válidamente cuando exista algún motivo justificado...”⁵. En el mismo sentido, Carlos Blancas indica que “como consecuencia de la tendencia generalizada de los ordenamientos laborales a limitar la facultad de despido del empleador, como mecanismo de protección del trabajador ante la posibilidad de que ésta sea ejercida en forma arbitraria o discrecional, se ha introducido la exigencia de que aquel se base en una causa justa, sin la cual dicho acto extintivo carecerá de validez y eficacia... A partir del reconocimiento del despido como una institución causal se plantea necesariamente la cuestión de establecer cuáles son las causas que pueden justificarlo, o sea, aquellos supuestos de hecho que al producirse facultan al empleador para extinguir válidamente el contrato de trabajo”⁶.

El carácter causal de la institución bajo análisis se encuentra previsto en el art. 16, inciso g), de la LPCL, como dijimos antes, pero sobre todo en el artículo 22 de la misma ley, el cual establece: «Para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada...» (subrayado nuestro).

Ahora bien, el segundo párrafo del mencionado art. 22 de la LPCL, en armonía con el art. 4 del Convenio N.º 158 de la OIT, sobre “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador”⁷, agrupa las causas justas de despido en dos clases o categorías: a) causas justas relacionadas con la capacidad del trabajador, y b) causas justas relacionadas con la conducta del trabajador. En efecto, «la causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador», señala el segundo párrafo del artículo antes referido. El artículo 23 de la misma ley indica las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, en tanto que el artículo 24 prevé las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador. Fuera de tales causas no existen otras que permitan al empleador despedir

⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Faltas graves y proceso... *Op. cit.*, p. 32.

⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho...* *Op. cit.*, p. 49.

⁷ El cual dispone que «no se pondrá término a la relación de trabajo a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio».

válidamente al trabajador. Lo cual demuestra la intención de nuestro ordenamiento jurídico laboral de procurar la estabilidad o conservación del puesto de trabajo.

4. EL DESPIDO POR FALTA GRAVE DEL TRABAJADOR

4.1. Concepto y características de la falta grave

Como decíamos, el artículo 24 de la LPCL recoge las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador, las que dan lugar al llamado “despido disciplinario”, aquel que se produce en ejercicio de la facultad sancionatoria del empleador frente a la mala conducta del trabajador en el desarrollo de sus labores. La primera de dichas causas justas de despido es la prevista en el inciso a) de dicho artículo, esto es, la *falta grave* por parte del trabajador. Falta grave es, en términos generales y comunes, el quebrantamiento de un deber o norma de conducta que da lugar a una sanción drástica en contra del responsable. En sentido jurídico, falta grave es la infracción dolosa o culposa de una norma u obligación legal que acarrea una sanción severa prevista por la ley, ya sea de carácter civil, penal, administrativo, etc. En materia laboral, entonces, *falta grave* es toda infracción dolosa o culposa de una obligación o norma laboral medular por parte del trabajador, en perjuicio del empleador, que amerita una drástica sanción en contra de aquel; sanción que en nuestro ordenamiento laboral es, como estamos viendo, el despido o destitución del trabajo, la mayor de las sanciones contra el trabajador. En la línea de lo expuesto, el artículo 25 de la LPCL define la falta grave del siguiente modo: «Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole que haga irrazonable la subsistencia de la relación» (subrayado nuestro).

De la definición suministrada por el art. 25 de la LPCL se aprecia que la *falta grave laboral* reúne las siguientes características:

a) Es una infracción de los deberes esenciales del trabajador que emanan del contrato laboral, pues como dice Carlos Blancas, «el contrato de trabajo no solo concede al trabajador derechos, sino que también le impone obligaciones y deberes que éste debe cumplir durante la vida de relación laboral. Tanto la doctrina como la legislación han enumerado cuáles son esas obligaciones»⁸. En resumen, tales deberes

⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. cit.*, p. 154.

esenciales del trabajador son la prestación del servicio o trabajo, que es a la vez el objeto de todo contrato laboral; ser diligente, esmerado y prudente en el desarrollo de tal trabajo; cumplir las órdenes e instrucciones del empleador; respetar al empleador y a los compañeros de trabajo; ser fiel al empleador; cumplir con los reglamentos de orden, higiene y seguridad del trabajo; actuar honradamente; ser puntual y no faltar al trabajo sin justa causa; auxiliar y cuidar a las personas y bienes de la empresa en casos de peligro o accidentes; etc.

Algunas legislaciones, **como la nuestra**, e incluso algunos contratos de trabajo no prevén expresamente los deberes esenciales del trabajador, sino que se derivan tácitamente de las causales específicas de despido previstas por las legislaciones, y se hacen patentes con la sanción impuesta por la ley (y el empleador) al trabajador que infringe dichos deberes. Pero sea expresa o implícita su previsión legal, los deberes más importantes del trabajador son, según la ley y la doctrina, los anteriormente mencionados. Y como afirma Carlos Blancas, sean dichas obligaciones expresas o tácitas, la falta grave del trabajador que justifica el despido consiste en la violación o incumplimiento de dichas obligaciones⁹, acorde con el artículo 25 de la LPCL. Y citando a De la Cueva, dicho autor concluye que, por lo tanto, la falta grave consiste en un acto o una omisión imputable al trabajador, que implique el incumplimiento de un deber derivado de la relación laboral¹⁰. «En resumidas cuentas, se puede convenir que un despido válido [por falta grave] procede cuando existe un incumplimiento contractual caracterizado por su intensidad (grave) e imputabilidad (culpable); se trata, entonces, del incumplimiento de una obligación principal o esencial de cargo del trabajador»¹¹.

b) Es una infracción de tal naturaleza que hace insostenible la relación laboral, es decir, no se trata de una falta cualquiera que podría ser dispensada por el empleador, sino de una falta “grave”, como su mismo nombre lo indica, o sea, una falta determinante que provoca un serio perjuicio al empleador, ya sea de orden económico o moral, lo cual destruye la confianza del empleador en el trabajador, tornándose así la relación laboral en insostenible. De ahí que el Código Civil alemán

⁹ *Ibidem*, p. 155.

¹⁰ *Ibidem*, p. 156.

¹¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Op. cit.*, p. 38.

señale en su art. 626, que la relación de servicios puede ser rescindida si concurre un motivo grave “decisivo”. Asimismo, el Código Civil italiano dice en su art. 2119, que el despido es justificado cuando “se verifique una causa que no consienta la continuación, ni incluso provisional, de la relación”. Por su parte, Mario Pasco explica que la gravedad de la falta supone «una lesión irreversible al vínculo laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador, que hace imposible o indeseable la subsistencia de la relación laboral...»¹².

La gravedad de la falta puede ser de tal entidad que basta que se cometa una sola vez para que la relación laboral sea grave e irreversiblemente afectada; o bien, tal gravedad puede ser el resultado de una mala conducta reiterada en el tiempo, que ha ido afectando la relación laboral paulatinamente hasta llegar a ser esta insostenible. Como dice el precitado art. 25, es una infracción *de tal índole que hace irrazonable la subsistencia de la relación laboral*. En el primer caso, dice el profesor Carlos Blancas, estamos ante faltas “cuya gravedad se configura de inmediato, justificando por sí mismas la extinción del vínculo laboral (p. ej. la apropiación de bienes o servicios del empleador, el uso o entrega a terceros de información reservada, la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa, los actos de violencia, etc.)”¹³.

Y en el segundo caso, según el mismo autor, estamos ante “la reiteración de una falta que en sí misma, aisladamente considerada, puede no reputarse grave, la que, sin embargo, apreciada como conducta permanente en el tiempo llega a configurar la falta grave (p. ej. la reiterada resistencia a las órdenes relativas al trabajo, la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores, la impuntualidad reiterada, etc.)”¹⁴. En la misma línea, la Corte Suprema señala: «Conforme al artículo 25° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, la falta grave es la infracción a los deberes esenciales del contrato de trabajo (...), a su vez la misma norma establece que la falta grave debe ser de tal magnitud que haga irrazonable la continuación de la relación laboral, esto importa que la falta cometida debe ser absolutamente irreparable al

¹² PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Extinción de la relación laboral en el Perú”. En: *La extinción de la relación laboral*. AELE editorial, Lima, 1987, p. 269.

¹³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. cit.*, p. 157.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 157.

punto de hacer irrazonable continuar con el contrato de trabajo, o que el trabajador sea de tal manera reincidente que haga suponer que no cambiará de conducta»¹⁵.

c) Es una infracción dolosa o culposa, es decir, que la conducta del trabajador calificada como falta grave puede ser premeditada o por negligencia o imprudencia, aun cuando el artículo 25 de la LPCL no lo diga expresamente. Dicho artículo no distingue entre dolo y culpa, por lo que siguiendo el conocido adagio jurídico según el cual “donde la ley no distingue, no se debe distinguir”, se infiere indubitadamente que la falta grave puede ser a título de dolo o de culpa. Como decía Mario Pasco en la cita anterior, la gravedad de la falta consiste en «una lesión irreversible al vínculo laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador...»¹⁶. En el mismo sentido, Carlo Blancas, citando a Alonso Olea, sostiene: «Para que el incumplimiento sea imputable es requisito ‘que el acto o conducta en que aquel consiste sea atribuible a dolo o a negligencia inexcusable del trabajador’. En el primer caso, la imputabilidad del trabajador deriva de la existencia del *animus dolendi* (disminución ‘deliberada’ del rendimiento, causar ‘intencionalmente’, etc.), mientras que en el segundo, aquella es consecuencia de su descuido o dejadez imperdonable en el cumplimiento de sus labores (incumplimiento injustificado de las labores, inobservancia del reglamento de seguridad industrial, etc.)»¹⁷.

4.2. Las faltas graves específicas contempladas por la LPCL

Ahora bien, el mismo artículo 25 de la LPCL, después de definir la falta grave en su primera parte, enumera en su segunda parte cuáles son las faltas graves que justifican el despido del trabajador que los comete, o sea, que facultan al empleador a dar por terminado el contrato de trabajo mediante el despido. Y lo hace de manera *taxativa*, limitativa o cerrada, vale decir, que dichas faltas graves son las únicas que admite nuestro ordenamiento laboral como causa justa del despido disciplinario. Es lo que en Derecho se conoce como enumeración cerrada o *numerus clausus*, en contraposición a la enumeración abierta o *numerus apertus*, que es solo enunciativa y deja abierta la posibilidad de que se admitan otros hechos no previstos de forma expresa en dicha enumeración.

¹⁵ Casación N.° 2147-2004-Lima, *EL Peruano*, 31-07-2006.

¹⁶ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Op. cit.*, p. 269.

¹⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. cit.*, p. 157.

De esta manera, la falta grave como causa justa del despido se rige por los principios de legalidad y tipicidad, como acontece en el Derecho Penal; es decir, que los hechos u omisiones que constituyen faltas graves laborales están preestablecidos como tales y sancionados por la ley laboral. Lo cual protege al trabajador al restringir la potestad sancionadora del empleador y la potestad discrecional del juez en la apreciación de los hechos que configuran la falta grave. Como afirma Alfredo Montoya, «... la relación de conductas del trabajador merecedoras del despido (...) debe entenderse, en su contexto disciplinario, a la luz de los principio de legalidad y tipicidad, peculiares del orden penal y del sancionador administrativo. De la misma manera que, como garantía del ciudadano y del administrado, solo se reputan delitos y contravenciones los hecho u omisiones tipificados previamente como tales, y a los que previamente también se les asignan sanciones típicas, el Derecho español ha querido tipificar legalmente las conductas merecedoras de la máxima sanción que puede imponer el empresario»¹⁸.

Los principios de legalidad y tipicidad de la falta grave laboral se encuentran establecidos en el artículo 22 de la LPCL, antes citado, que supedita el despido del trabajador a la existencia de una causa justa **«contemplada en la ley»**. Y el artículo 25, que enumera las faltas graves como causa justa del despido no es sino una concreción de lo dispuesto por el art. 22. «Resulta interesante recordar que en nuestro ordenamiento laboral ha estado presente, desde sus orígenes mismos, la tendencia a definir la falta grave siguiendo la técnica propia del derecho penal, esto es, mediante su tipificación por el texto legal»¹⁹. Lo cual impide que el despido se funde en un hecho no previsto por la ley laboral como falta grave, o estando previsto como tal, sea sancionado con una sanción no prevista por dicha ley. Más aún, la tipificación cerrada impide que el despido se funde en la aplicación de un concepto *genérico* de la falta grave.

Las faltas graves específicas previstas por el art. 25 de la LPCL están agrupadas en 08 incisos, algunos de los cuales, a su vez, comprenden varias faltas graves. Son en total 19 faltas graves específicas, a saber:

¹⁸ MONTAYA MELGAR, Alfredo. *Op. cit.*, p. 431.

¹⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. cit.*, p. 165.

a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral; la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores; la reiterada paralización intempestiva de labores; y, la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial.

b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente con el concurso del Ministerio de Trabajo, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa.

c) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor.

d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y, la competencia desleal.

e) La concurrencia reiterada al centro de labores en estado de ebriedad o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo, revista excepcional gravedad, verificada con ayuda de la Policía.

f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en contra del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral.

g) El daño intencional de los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de la empresa o en posesión de esta.

h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos; las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de

quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso; y, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinaria previas de amonestaciones escritas y suspensiones.

4.3. El despido por la falta grave de apropiación de bienes del empleador

Como acabamos de ver, conforme al art. 25, inciso c), de la LPCL constituye una falta grave que justifica el despido del trabajador, *«la apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor»*. Como es evidente, dicha falta grave atenta contra uno de los deberes más esenciales del trabajador, que emana expresa o tácitamente de la ley y del contrato de trabajo, cual es ***el deber de actuar con honradez e integridad en el trabajo***, cuya violación destruye la confianza del empleador en el trabajador y, como señala el art. 25 de la LPCL, hace irrazonable la subsistencia de la relación laboral, por lo que amerita la sanción de despido.

Nótese que, conforme a la norma en mención, la apropiación de los bienes o servicios del empleador por el trabajador puede ser *consumada o frustrada*, es decir que, a semejanza de lo que ocurre en el Derecho Penal, también se sanciona el intento o “tentativa” de apropiación de los bienes o servicios del empleador. También debemos notar que no solo la apropiación de los bienes del empleador es lo que constituye una falta grave, sino también la retención o utilización indebidas de los mismos. Asimismo, se advierte de la norma bajo análisis que tanto la apropiación como la retención o utilización de los bienes y servicios del empleador, puede ser en provecho propio o de terceros, y que no importa el valor de los mismos.

En la línea de lo expuesto, el profesor Jorge Toyama señala: «Prevé el inciso c) del artículo 25 de la LPCL una concreción de una falta que implica la vulneración del deber de honradez –derivado del deber de buena fe laboral– que debe guiar toda relación de trabajo (...), la falta se produciría tanto si se concretiza la apropiación como si solo queda en tentativa»²⁰. Por su parte, Carlos Blancas sostiene: «El trabajador tiene el deber de actuar honradamente, es decir, de no aprovechar

²⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Op. cit.*, p. 46.

indebidamente en beneficio propio, la posibilidad que tiene de usar, para cumplir su labor, la maquinaria, herramientas, vehículos y, en general, bienes e instalaciones de la empresa (...) Utilizar o disponer de los bienes de la empresa en provecho propio o de terceros constituye una falta contra la honradez, que justifica la extinción de la relación de trabajo»²¹. Agrega dicho autor que «... la tipificación de esta infracción – entendemos que no solo en cuanto a la ‘apropiación’ de los bienes o servicios del empleador, sino también en el caso de su retención o utilización–, debe determinarse con prescindencia de su valor, por lo que basta que el trabajador se apodere, retenga o utilice los bienes o servicios del empleador para que incurra en falta grave»²².

5. EL PROCEDIMIENTO PREVIO DEL DESPIDO

Como se dijo antes (*supra*, n.º 2), dos de las características trascendentales del despido en nuestro ordenamiento jurídico laboral son su causalidad y su formalidad, es decir, el despido es un acto eminentemente causal y formal. Sobre la causalidad ya hemos tratado precedentemente. Ahora corresponde analizar el debido procedimiento formal del despido. Como lo adelantamos, para que el despido de un trabajador tenga validez jurídica no solo se requiere de una causa justa tipificada por la ley, sino que además debe observarse la forma o procedimiento prescrito por la ley, en el que se respete el derecho de defensa del trabajador. Así lo establece el artículo 16, inciso g), de la LPCL cuando señala que el despido extingue el contrato de trabajo en los casos y “*forma*” permitidos por la ley. Dicho procedimiento formal de despido es un procedimiento previo al despido en sí mismo, y se encuentra detallado en el artículo 31 de la misma ley. Es decir que el empleador, antes de despedir a un trabajador, por una causa justa relacionada con su capacidad o con su conducta (p. ej. por una falta grave), debe cumplir estrictamente con tal procedimiento previo para que el despido sea válido.

En efecto, el referido art. 31 de la LPCL establece lo siguiente: «El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formule,

²¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. cit.*, p. 185.

²² *Ibídem*, p. 186.

salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad, o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia (...) Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el artículo 32, debe observarse el principio de inmediatez». Como se puede advertir del tenor de dicha norma, el procedimiento previo del despido consta de tres actos: a) la formulación por escrito de cargos específicos contra el trabajador; b) la concesión de un plazo no menor de seis días naturales para que aquel pueda defenderse de dichos cargos (en caso la causa justa de despido se refiera a la conducta del trabajador), o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia (en caso la causa justa de despido se relacione con la capacidad del trabajador); y, c) la defensa o descargo por escrito por parte del trabajador.

El primer y el segundo paso del referido procedimiento de despido se realizan en un solo acto mediante un «escrito de imputación de cargos» cursado por el empleador al trabajador, en el que a su vez se le concede el plazo de seis o de treinta días naturales, según sea el caso. El tercer acto se da, obviamente, en forma separada. La imputación escrita de cargos debe ser precisa, concreta y específica, señalándose la o las causas justas del despido, ya tengan estas que ver con la capacidad del trabajador o con su conducta, y acompañando, por supuesto, los medios probatorios pertinentes, tal como lo indica el artículo 22 de la LPCL en su parte *in fine*. Normalmente el empleador funda el despido en una causa justa relacionada con la conducta del trabajador, y entre las causas de ese tipo normalmente en una falta grave, como en el caso materia del presente informe. No debe perderse de vista que la norma en mención prevé una excepción al procedimiento previo del despido, a saber, en los casos de falta grave flagrante.

Solo una vez cumplido dicho procedimiento, el empleador está facultado para despedir al trabajador si la defensa o descargo del trabajador no le genera convicción, lo cual hará por escrito mediante una carta de despido en la que se indicará de manera precisa la causa justa de despido y la fecha del cese, tal como lo establece el artículo 32 de la misma ley. Empero, tanto en el procedimiento previo al despido cuanto en el despido mismo, el empleador debe observar el principio de inmediatez, tal como lo estatuye el artículo 31 del mismo texto legal en su parte *in fine*. Es decir,

una vez surgida la causa justa de despido el empleador –si lo cree conveniente– debe de inmediato realizar el procedimiento previo de despido y, una vez hecho esto y si lo juzga pertinente aún, proceder inmediatamente a cursar la carta de despido.

Sobre el tema que nos ocupa, Mario Pasco señala que «el trámite previo al despido y la apertura de una instancia de defensa del trabajador al interior de la empresa constituye la mayor innovación introducida por la Ley, que recoge así lo previsto por el Convenio 158 de la OIT»²³. Finalmente, debemos recalcar que el procedimiento previo al despido tiene por objeto el respeto del derecho fundamental, de orden procesal, a la defensa y, por lo tanto, al debido proceso, previstos por el art. 139, incisos 3 y 14, de nuestra Constitución. Razón por la cual, la jurisdicción constitucional tanto a nivel del Poder Judicial cuanto del Tribunal Constitucional, viene en reiterada jurisprudencia declarando la invalidez del despido efectuado sin observarse el tantas veces referido procedimiento previo de despido, por vulnerarse con ello, reiteramos, los derechos cardinales a la defensa y al debido proceso.

Así, sobre al debido proceso en sede administrativa, el Tribunal Constitucional sostiene que «... el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos... Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)»²⁴.

Asimismo, tal Tribunal, siempre sobre el debido procedimiento administrativo de despido previsto en el art. 31 de la LPCL, ha indicado categóricamente «que el debido proceso –y los derechos que lo conforman, p. ej. el derecho de defensa–, resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si ha previsto la posibilidad de imponer una sanción tan grave como

²³ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Op. cit.*, p. 252.

²⁴ STC N.º 4289-2004-AA/TC, fundamentos 2 y 3.

el despido. En tal sentido, si la emplazada consideraba que el actor cometió alguna falta, debieron comunicarle, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el respectivo sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa»²⁵.

²⁵ STC N.º 03359-2006-PA/TC, N.º 02270-2012-PA/TC, entre otras.

CAPITULO III

ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCESO

1. ANÁLISIS PROCESAL O DE FORMA

Formalmente hablando se aprecia que el proceso se ha llevado correctamente, es decir, los actos procesales de las partes y de los jueces cumplieron los requisitos formales previstos por la ley procesal laboral. Así, la demanda cumplió los requisitos legales establecidos por el artículo 130 del Código Procesal Civil²⁶, relativos a las formalidades del escrito en general²⁷; así como por los artículos 15; 16; 4, inciso 2; y, 61 de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 26636, relativos a los requisitos de la demanda propiamente dicha²⁸, a los anexos de la demanda²⁹, a la competencia³⁰ y a la vía procedimental³¹, respectivamente. Razón por la cual tal demanda fue admitida a trámite mediante la resolución nro. 01.

Asimismo, la contestación de la demanda cumplió con los requisitos legales previstos por los artículos 130, 21, 22 y 62 de la Ley Procesal del Trabajo, referidos a las formalidades del escrito en general, a los requisitos previstos para la demanda *en lo correspondiente*, a los anexos de la contestación³² y al plazo de la contestación³³, respectivamente. Por lo cual, tal contestación fue admitida mediante la resolución nro. 02.

La audiencia única se realizó conforme a lo establecido por los artículos 65 a 68 de la Ley Procesal del Trabajo, en la que al constatarse la concurrencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, y no habiéndose deducido excepciones ni defensas previas, por resolución nro. 05 se declaró la existencia de

²⁶ Aplicado supletoriamente al caso de autos, conforme a la Tercera Disposición Final de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 26636.

²⁷ Es decir, fue redactada por medio técnico; con un espacio en blanco no menor de tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho; redactada por un solo lado y a doble espacio; los anexos identificados con el número del escrito seguido de una letra; etc.

²⁸ O sea, la designación del juez ante quien se interpuso la demanda; identificación y domicilio real y procesal del demandante; identificación y domicilio habitual de la empresa demandada; la situación laboral del demandante (tiempo de servicios, cargo desempeñado y la última remuneración percibida); petitorio claro y concreto, con indicación de montos si fuera el caso; enumeración de los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión; ofrecimiento de los medios probatorios; y, las firmas del demandante y de su abogado.

²⁹ Copia legible del documento de identidad del demandante, los medios probatorios de la demanda.

³⁰ Juzgado Especializado de Trabajo.

³¹ Proceso Ordinario Laboral.

³² Vale decir, los mismos anexos exigidos para la demanda por el artículo 16 de la Ley Procesal del Trabajo, *en lo correspondiente*.

³³ 10 días hábiles.

una relación jurídico procesal válida y, por ende, saneado el proceso. Promovida la conciliación, la misma no se produjo al mantener ambas partes sus posiciones. Se fijaron los puntos controvertidos del proceso, y se admitieron y actuaron los medios probatorios ofrecidos por las partes.

La sentencia de primera instancia se emitió acorde a las formalidades previstas por el artículo 48 de la Ley Procesal del Trabajo, esto es, la parte expositiva; la parte considerativa, con los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta; parte decisoria; y, la condena o exoneración de costas y costos. Asimismo, dicha sentencia respetó el derecho fundamental (de orden procesal) a la debida motivación de las resoluciones judiciales, previsto por los artículos 139, inciso 5, de la Constitución; 50, inciso 6, y 122, incisos 3 y 4, del Código Procesal Civil; y, 12 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, en cuanto al plazo para su expedición, debemos indicar que lamentablemente dicha sentencia no se emitió oportunamente, es decir, dentro del plazo de 15 después de la audiencia única o de concluida la actuación de pruebas, conforme al artículo 62 de la Ley Procesal del Trabajo. En efecto, la sentencia se emitió **¡01 año, 08 meses!** después de la audiencia única celebrada el 08-07-2009. Lo cual, pues, viola el principio de celeridad procesal que gobierna el proceso laboral, previsto por el artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo N.º 26636, concordante con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, esto es, el derecho de los justiciables a una pronta y eficaz justicia, pues «justicia que tarda, no es justicia» reza el popular refrán.

Asimismo, el recurso de apelación del demandante cumplió con los requisitos legales previstos por el artículo 52 de la misma ley, tocante a la fundamentación del recurso y al plazo de su interposición³⁴. Por lo cual, dicho recurso fue concedido mediante la resolución nro. 33, con efecto suspensivo por supuesto, conforme a lo establecido por el artículo 371 del Código Procesal Civil³⁵.

La sentencia de segunda instancia también cumplió con los requisitos formales contemplados por el artículo 48 de la Ley Procesal del Trabajo (antes referidos en el caso de la sentencia de primera instancia). Observó los principios reconocidos por el

³⁴ 05 días hábiles contados desde la notificación de la resolución impugnada.

³⁵ Aplicado supletoriamente conforme a la Tercera Disposición Final de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 26636.

artículo 370 del Código Procesal Civil³⁶, esto es, el de interdicción de la *reformatio in peius*, y el contenido en el aforismo latino *tantum devolutum quantum appellatum*. Asimismo, dicha sentencia observó el principio y derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales, antes señalado.

El recurso de casación formulado por el demandante contra la sentencia antes señalada no cumplió el requisito de procedencia previsto por el artículo 55, literal b), de la Ley Procesal del Trabajo, esto es, que el monto de la pretensión supere las 100 Unidades de Referencia Procesal; lo que no ocurrió en el caso de autos. Razón por la cual dicho recurso fue declarado improcedente mediante la resolución nro. 38.

Por lo demás, se advierte que el proceso respetó los derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, reconocidos por el art. 139, inciso 3, de la Constitución; por el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil; y, por el artículo 7 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Derechos fundamentales de orden procesal que a su vez comprenden un conjunto de derechos medulares tales como el derecho de defensa, a la debida motivación de las resoluciones judiciales (antes referido), al juez natural, a probar, a la pluralidad de instancia, etc. etc., los cuales están previstos en el precitado artículo 139 de la Carta Magna y en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

2. ANÁLISIS SUSTANTIVO O DE FONDO

En cuanto al fondo de la litis, estimamos que la demanda de indemnización por despido arbitrario interpuesta por Alfonso Ruiz Gómez contra Venecia Restaurant S.C.R.L., es **infundada**, por lo que estamos de acuerdo tanto con la sentencia de primera instancia que declaró **infundada** dicha demanda, cuanto con la sentencia de segunda instancia que **confirmó** tal sentencia de primera instancia. Ello por cuanto, como es obvio, para que la demanda de indemnización por despido arbitrario tenga éxito el demandante debe haber sido despedido en forma arbitraria, vale decir, sin expresión de ninguna causa justa prevista por la ley, o cuando la causa justa invocada no se pudo probar, tal como lo dispone el artículo 34, segundo párrafo, de la LPCL.

³⁶ Aplicado supletoriamente, conforme a la Tercera Disposición Final de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 26636

Y en el caso de autos, la demandada ha acreditado fehacientemente que el despido del demandante fue por una causa justa de despido relacionada con la conducta de este, como es la comisión de falta grave consistente en la apropiación de bienes (dinero) del empleador, falta grave prevista por el artículo 25, inciso c), de la LPCL. Es decir, la empresa demandada ha demostrado indubitablemente que el despido del demandante no fue arbitrario o incausado. Por tanto, no cabe indemnización alguna a favor del demandante, conforme a lo dispuesto por el art. 34, primer párrafo, de la misma ley. Siendo así, la demanda deviene en infundada.

En efecto, del tenor de la propia demanda fluye que el demandante cometió la falta grave antes indicada, al sostener en el fundamento de hecho 2.1.3. que cuando la demandada le dijo que había un faltante en caja de S/. 1,018.06, **él le respondió** *«que dicho dinero estaba en su poder y que se encontraba en el cajón donde guarda sus cosas personales, para entregarlo al día siguiente porque se había olvidado las llaves de dicho cajón en su casa»*. Y que cuando la demandada le exigió que fuera a su casa a traer dichas llaves para abrir su cajón, **señaló** que *«no regresó ese día a la empresa»* (fundamento de hecho 2.1.4). Es decir, que el propio actor reconoce que había tomado el dinero de la empresa antes señalado y que lo había guardado en un cajón donde guarda sus cosas personales, y que no regresó a la empresa ese mismo día (cuando se le hizo saber del dinero faltante) para abrir dicho cajón y entregar el dinero. De donde se infiere, pues, que el actor se apropió del dinero de su empleador.

Lo cual se corrobora fehacientemente con los siguientes medios probatorios que aparecen en autos: a) con el acta de verificación de despido de fecha 07 de mayo de 2009, efectuada por el Ministerio de Trabajo, en donde tal autoridad deja constancia que el demandante en esa fecha (07-05-2009) hizo entrega o, mejor dicho, devolvió a la empresa demandada la suma de dinero de S/. 1,018.00 antes referida, es decir, 15 días después de que la demandada le hizo saber que faltaba dicho dinero y le exigió que regresara con la llave para entregar dicho dinero (22-04-2009); b) con el recibo de entrega de S/.1,018.00, por concepto de *«devolución de dinero a favor de Venecia Restaurant»*, suscrito por ambas partes; y, c) con el acta de constatación notarial de fecha 23 de abril de 2009, en donde se da fe pública de que cuando la demandada procedió a abrir el cajón personal del demandante con un par de desarmadores,

*únicamente se encontró en dicho cajón la suma de S/. 2.00 (dos Nuevos Soles), además de cosas personales del actor; y no los S/. 1,018.06 que faltaban. Todo lo cual es “sorprendentemente” reconocido por el propio demandante en su recurso de casación fallido, en donde señala que “**el apoderamiento de S/. 1,018.06 se produjo el 22 de abril de 2009**”, y “desde esa fecha en que se conoció **la comisión de la falta grave**”.* Todo ello prueba, como decíamos, que el demandante se apropió del dinero de su empleador, lo que constituye una falta grave que justifica su despido, acorde al art. 24, inciso a), de la LPCL, concordante con el artículo 25, inciso c), de la misma ley.

Se advierte, asimismo, que la empresa demandada cumplió con el procedimiento previo de despido establecido por el art. 31 de la LPCL, respetándose con ello los derechos esenciales (de orden procesal) del demandante a la defensa y al debido proceso, previstos por el art. 139, incisos 3 y 14, de nuestra Constitución. En efecto, ante la falta grave cometida por el actor, la demandada le cursó, por vía notarial, una «carta de imputación de falta grave» o «preaviso de despido»), de fecha 29 de abril de 2009, la misma que obra en autos, en virtud de la cual se le indicó la falta grave cometida por él –apropiación consumada de bienes del empleador–, y se le otorgó un plazo de seis días para que se defendiera por escrito de la falta grave imputada a su persona. El demandante, por su parte, presentó sus descargos por escrito mediante la carta notarial de fecha 07 de mayo de 2009, la cual obra en autos. Y en vista de que tales descargos no desvanecieron la imputación efectuada al demandante, la empresa demandada procedió recién a despedirlo mediante la carta notarial de despido del 12/05/2009, la cual obra también en autos. De esta manera, reiteramos, la demandada observó el procedimiento previo al despido del actor, previsto por la ley laboral.

Así, pues, al haber la empresa demandada demostrado fehacientemente que el despido del demandante no fue arbitrario, sino que fue por una causa justa de despido prevista por la ley, como es la comisión de falta grave consistente en la apropiación de dinero del empleador (art. 25, inciso “c”, de la LPCL), no cabe indemnización alguna a favor del actor, conforme a lo dispuesto por el art. 34, primer párrafo, de la LPCL. *Ergo*, la demanda resulta infundada.

3. ACTUACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES

3.1. Actuación procesal del demandante

Consideramos que la actuación procesal del demandante –y de sus abogados– fue desatinada, pues tanto la demanda como el recurso de apelación y el de casación (sus actos procesales más importantes), contienen graves errores (entendibles en el demandante por ser neófito en Derecho, pero no en sus abogados por ser –se supone– expertos en Derecho). En efecto, como se dijo antes, en su demanda el propio actor reconoce que cuando la demandada le increpó que había un faltante en caja de S/. 1,018.06, él le respondió *«que dicho dinero estaba en su poder y que se encontraba en el cajón donde guarda sus cosas personales, para entregarlo al día siguiente porque se había olvidado las llaves de dicho cajón en su casa»*. Y que cuando la demandada le pidió que fuera a su casa a traer dichas llaves para abrir su cajón, él señaló *«que fue a su casa pero que ya no regresó ese día a la empresa»*.

Es decir, el propio demandante reconoce que tomó el dinero de su empleadora y que lo puso en un cajón donde guardaba sus cosas personales, y, por si fuera poco, que no regresó ese día a la empresa con las llaves de su cajón para entregar tal dinero. Pero además el actor reconoce que “entregó”, por no decir “devolvió” a la demandada los S/.1,018.00, el **07 de mayo de 2009**, es decir, **15 días después de que se le hizo saber que faltaba dicho dinero y se le exigió que lo entregara (22-04-2009)**; lo cual se constata con el acta de verificación de despido de fecha 07 de mayo de 2009, levantada por el Ministerio de Trabajo, y con el recibo de entrega de S/. 1,018.00, por concepto de *«devolución de dinero a favor de Venecia Restaurant»*, suscrito por ambas partes; documentos que, para variar, fueron presentados por el propio actor Y, peor aún, en su recurso de casación, como se ya dijo, el demandante reconoce con desparpajo que efectivamente se apoderó del dinero de la demandada.

De otro lado, al interponer su recurso de casación el demandante y su abogado actuaron imprudentemente y con ignorancia jurídica, pues como se indicó, dicho recurso no cumplió el requisito de procedencia previsto por el artículo 55, literal b), de la Ley Procesal del Trabajo, esto es, que el monto de la pretensión supere las 100 Unidades de Referencia Procesal; lo cual no ocurrió en el presente caso, por lo que dicho recurso fue declarado improcedente.

Por todo lo cual, pues, como se dijo, la actuación procesal del demandante fue desatinada e, incluso, torpe. Pero más allá de su actuación estrictamente procesal, nos parece deshonesto pretender cobrar una indemnización por un despido arbitrario que nunca existió, es decir, sabiendo el actor que fue despedido por una causa justa como es la comisión de una falta grave.

3.2. Actuación procesal de la demandada

La empresa demandada, por su parte, tuvo una acertada actuación procesal, ya que la contestación de demanda (su acto procesal principal), fue bien fundamentada tanto fáctica como jurídicamente. En concreto, destacamos que la demandada supo argumentar y probar que el despido del demandante no fue arbitrario o injustificado, sino, por el contrario, que fue por una causa justa de despido contemplada en la ley laboral, como es la comisión de falta grave consistente en la apropiación consumada de bienes del empleador, prevista por el artículo 25, inciso c), de la LPCL. Y de otro lado, la demandada actuó correctamente al respetar el procedimiento previo de despido establecido por el artículo 31 de la LPCL, al remitir al demandante la carta de imputación de falta grave y concederle el plazo de seis días para que hiciera sus descargos. Con lo cual respetó los derechos fundamentales del actor a la defensa y al debido proceso sancionador.

3.3. Actuación procesal de los órganos jurisdiccionales

La actuación procesal del juzgado de primera instancia así como del tribunal de segunda instancia (Sexto Juzgado Laboral y Sala Laboral de la Corte Superior del Santa, respectivamente), fue igualmente correcta y acertada, ya que sus respectivas sentencias fueron sólidamente fundamentadas. En efecto, dichos órganos judiciales, luego de analizar los hechos y de valorar los medios probatorios ofrecidos por las partes, llegaron a la correcta conclusión de que el despido del demandante no fue arbitrario, sino justificado, es decir, por la comisión de una falta grave consistente en la apropiación de bienes del empleador, prevista por el artículo 25, inciso c), de la LPCL.

CONCLUSIONES DEL CASO

1. Para que la demanda de indemnización por despido arbitrario prospere, se requiere que el demandante haya sido despedido sin expresión de causa justa relacionada con su capacidad o con su conducta, tal como lo establece el artículo 34 de la LPCL.
2. En el proceso de indemnización por despido arbitrario, no le corresponde al actor probar que el despido fue arbitrario, sino solo que fue despedido. Es al demandado a quien le corresponde acreditar que el despido no fue arbitrario, o sea, que el despido fue por una causa justa contemplada en la ley laboral. Ello conforme a lo dispuesto por el artículo 22, último párrafo, de la LPCL, concordante con el artículo 27 de la Ley Procesal del Trabajo.
3. Todo empleador, antes de despedir a un trabajador por una causa justa prevista en la ley, debe primero cumplir con el procedimiento previo de despido establecido por el art. 31 de la LPCL. Es decir, debe darle al trabajador la oportunidad de defenderse, comunicándole por escrito la causa o causas del despido y dándole un plazo mínimo de seis días para formular sus descargos. Solo recién, si aún lo juzga pertinente, puede realizar el despido. Caso contrario, el despido será invalidado en juicio por atentar contra los derechos cardinales de defensa y al debido proceso sancionador.
4. No se debe interponer el recurso de casación en materia laboral si el monto del petitorio no supera las 100 Unidades de Referencia Procesal, tal como lo prescribe el artículo 55, literal b), de la Ley Procesal del Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARÉVALO VELA, Javier y ÁVALOS JARA, Oxal. *Causas y efectos de la extinción del contrato de trabajo*. Grijley, Lima, 2007.
2. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. ARA Editores, Lima, 2002.
3. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 11ava edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
4. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Extinción de la relación laboral en el Perú”. En: *La extinción de la relación laboral*. AELE editorial, Lima, 1987.
5. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Faltas graves y proceso de despido”. En: *Manual de Actualización Laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.